

JANVIER 2018

RAPPORT

POUR UNE RÉFORME DU DROIT DE LA CONCURRENCE

Groupe de travail sous la présidence
de Guy Canivet et Frédéric Jenny



COMMISSION AD HOC

POUR UNE RÉFORME DU DROIT DE LA CONCURRENCE

RAPPORT DU CLUB DES JURISTES

Commission ad hoc

JANVIER 2018

Composition de la Commission

PRÉSIDENT :

Guy Canivet, Président du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (HCJP), Premier Président honoraire de la Cour de cassation et ancien membre du Conseil constitutionnel

Frédéric Jenny, Professeur d'Économie, ESSEC Business School, ancien Conseiller en service extraordinaire, Chambre commerciale, Cour de cassation, Président du Comité de la Concurrence de l'OCDE

GROUPE DE RÉDACTION DU RAPPORT :

Guy Canivet, Président du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (HCJP), Premier Président honoraire de la Cour de cassation et ancien membre du Conseil constitutionnel

Muriel Chagny, Professeur des Universités, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines

Laurence Idot, Professeur des Universités, Université Paris II-Panthéon-Assas, membre du Collège de l'Autorité de la concurrence

Frédéric Jenny, Professeur d'Économie, ESSEC Business School, ancien Conseiller en service extraordinaire, Chambre commerciale, Cour de cassation, Président du Comité de la Concurrence de l'OCDE

MEMBRES :

Muriel Chagny, Professeur des Universités, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines

Yannick Chalmé, Directeur juridique, L'Oréal

Olivier Fréget, Avocat, Fréget Tasso de Panafieu

Alain Gauvin, Directeur des affaires juridiques et réglementaires de Carrefour France

Emmanuel Glaser, Avocat, Veil Jourde

Jacques-Philippe Gunther, Avocat, Willkie Farr & Gallagher LLP

Patrick Hubert, Avocat, Orrick Rambaud Martel

Laurence Idot, Professeur des Universités, Université Paris II Panthéon-Assas, membre du collège de l'Autorité de la concurrence

Claude Lazarus, Avocat, CL Conseil

Irène Luc, Présidente de chambre à la Cour d'appel de Paris, Professeur associé à l'université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines

Valérie Michel-Amsellem, Magistrat, Cour d'appel de Paris

Damien Neven, Professeur des Universités, The Graduate Institute Geneva

Anne Perrot, Économiste, MAPP

Nicolas Petit, Professeur des Universités, Université de Liège

Jérôme Philippe, Avocat, Freshfields Bruckhaus Deringer LLP

Christophe Poureau, Maître des requêtes, Conseil d'État

Patrick Rey, Professeur des Universités, Toulouse School of Economics

Thibaud Vergé, Professeur d'Économie, ENSAE ParisTech

Antoine Winckler, Avocat, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP

Carol Xueref, Membre de l'Autorité de la concurrence et Secrétaire générale de la société Essilor International S.A.

Un représentant de la Direction des affaires civiles et du sceau du ministère de la Justice a assisté aux réunions de la Commission en qualité d'observateur

SECRÉTAIRE DE LA COMMISSION :

Lena Boucon, Avocat, Allen & Overy LLP

CHARGÉE DE RECHERCHE :

Laurie Auberix-Devoqe, Doctorante, université Paris II Panthéon-Assas

Table des matières

Introduction.....	10
--------------------------	-----------

PREMIÈRE PARTIE :

LES FACTEURS ÉCONOMIQUES ET JURIDIQUES DE L'ÉVOLUTION	13
--	-----------

1. ÉVOLUTION DU CONTEXTE	13
---------------------------------------	-----------

1.1. De la planification et du contrôle des prix généralisés à une ouverture à l'économie de marché	13
1.2. La persistance des confusions entre pratiques anticoncurrentielles et pratiques de concurrence déloyale	14
1.3. La modification des conditions de concurrence sur les marchés due à l'ouverture au commerce international et à l'élargissement de l'Europe	15
1.4. La prolifération des droits de la concurrence dans le monde comme conséquence de la libéralisation du commerce international	16
1.5. La nécessité de la convergence entre les droits nationaux et de la coopération entre les autorités nationales de la concurrence	17
1.6. La convergence transatlantique et la modernisation du droit de la concurrence européen	18
1.7. La dérégulation économique comme facteur de développement de la concurrence	19
1.8. Les conséquences de la crise financière puis économique de 2008 : montée du protectionnisme et évolution des autorités de la concurrence vers une approche plus « régulatoire ».....	20

1.9. La révolution digitale et le dilemme des autorités de concurrence face à la nécessaire refondation du droit de la concurrence	23
2. LA PLACE DE L'ÉCONOMIE EN DROIT DE LA CONCURRENCE.....	26
2.1. Le rôle du chef économiste de l'Autorité de la concurrence	27
2.2. L'analyse économique dans les décisions de l'Autorité de la concurrence	29
2.3. L'analyse économique devant les juridictions de recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence.....	31
3. LE CADRE EUROPÉEN	33
3.1. Droit des pratiques anticoncurrentielles	35
3.2. Contrôle des concentrations.....	38
3.3. Pratiques restrictives	40
 DEUXIÈME PARTIE :	
LE CADRE INSTITUTIONNEL	42
1. LE DISPOSITIF INSTITUTIONNEL DE L'APPLICATION PUBLIQUE DU DROIT DE LA CONCURRENCE	43
1.1. L'Autorité de la concurrence	43
1.2. Les recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence	57
2. LE DISPOSITIF JURIDICTIONNEL DE L'ACTION PRIVÉE EN DROIT DE LA CONCURRENCE	64

3. LE DISPOSITIF PÉNAL DE MISE EN ŒUVRE DU DROIT DE LA CONCURRENCE	68
---	-----------

TROISIÈME PARTIE :

LE DROIT SUBSTANTIEL DE LA CONCURRENCE ET SON APPLICATION	71
--	-----------

1. LES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES	71
--	-----------

1.1. Les règles de fond	71
-------------------------------	----

1.2. Mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles par l’Autorité	85
--	----

2. LE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS	94
--	-----------

2.1. La définition des concentrations	95
---	----

2.2. Les seuils de contrôlabilité des concentrations	102
--	-----

2.3. L’appréciation substantielle des opérations de concentration	107
---	-----

2.4. La mise en œuvre du contrôle	112
---	-----

3. LES PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE	120
---	------------

3.1. L’interdiction de la revente à perte et des prix imposés : articles L. 442-1 à L. 442-10 du Code de commerce	121
--	-----

3.2. Les pratiques de l’article L. 442-6 du Code de commerce	122
--	-----

3.3. Appréciations générales	125
------------------------------------	-----

CONCLUSION	130
-------------------------	------------

ANNEXE 1 - LISTE DES PROPOSITIONS	132
--	------------

ANNEXE 2 - LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES	142
--	------------

ANNEXE 3 - CONTRIBUTIONS	143
---------------------------------------	------------

3.1. Muriel Chagny - Contribution sur le Titre IV du Livre IV du Code de commerce	143
3.2. Entretien avec Bertrand du Marais - Droit public et régulation économique : dix ans après (propos recueillis par Jean-Pierre Testenoire)	162
3.3. Cheik Galokho - De la nécessité d'une politique de clémence en faveur des personnes physiques	168
3.4. Maurice Nussenbaum - Quelques difficultés dans la détermination des sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles	201
3.5. Anne-Lise Sibony - Le tournant comportemental en droit de la concurrence	209
3.6. AFEP, Association française des entreprises privées	224
3.7. AFJE, Association française des juristes d'entreprise - Commission Concurrence.....	233
3.8. Observations de l'APDC, Association des avocats pratiquant le droit de la concurrence, sur la procédure de « transaction » instituée par la Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques	240
3.9. Cabinet August-Debouzy	264
3.10. Chambre de commerce et d'industrie de Paris - Ile-de-France	274
3.11. Cercle Montesquieu / MEDEF (contribution commune)	280
3.12. DGCCRF, Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.....	290
3.13. UFC-Que choisir.....	301

Introduction

1 - L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, dont le trentième anniversaire vient d'être célébré, a-t-elle tenu ses promesses ? Reste-t-elle, en ses principes, adaptée à notre économie ? Doit-elle être modifiée ? Telles sont les questions que le Club des juristes a voulu poser aux acteurs de la place en réunissant un groupe de travail pour une libre réflexion.

2 - Mais d'abord quelles étaient les promesses ? Outre l'abandon de l'économie administrée par le contrôle des prix instauré par les ordonnances de 1945 – objectif primaire de la réforme, elles sont exprimées par le ministre chargé de l'Économie, dans la mission confiée à un groupe d'experts, réuni sous la présidence de Jean Donnedieu de Vabres, chargé de proposer un nouveau droit de la concurrence, indissociable de la libération des prix, définissant l'ensemble des conditions à mettre en œuvre pour que, dans un environnement de liberté, la concurrence puisse jouer effectivement son rôle de régulateur. C'est donc un droit régulateur d'une libre économie qu'il fallait substituer à une économie dirigée. Dans cette perspective ont été proposées et reprises par l'ordonnance des dispositions propres à assurer la transparence du marché, des règles de concurrence durables et adaptées à des situations diverses et changeantes, harmonisées avec celles que comportait le traité de Rome, et enfin un système de contrôle des concentrations. S'agissant des institutions, les réformes proposées quant aux modalités de contrôle du marché intérieur étaient caractérisées par une redistribution des rôles respectifs de l'administration et des tribunaux, le renforcement de l'autorité spécialisée en matière de concurrence – à l'époque le Conseil de la concurrence –, ainsi qu'une plus grande prise en compte des droits de la défense et des droits des victimes dans ces procédures. Ainsi, le dispositif élaboré, tout en étant placé dans son ensemble sous le contrôle de l'autorité judiciaire, confiait au Conseil de la concurrence, libre de toute tutelle,

capable de s'informer et apte à décider, le cas échéant, le redressement des pratiques prohibées, le soin d'arbitrer les intérêts en présence, selon des règles du jeu préétablies. On sait qu'il a fallu une ferme obstination du législateur pour imposer le contrôle de l'autorité judiciaire sur les décisions du Conseil de la concurrence.

3- En conclusion de leur rapport, les rédacteurs du projet exprimaient leur conviction que l'ordonnance représentait un moment essentiel pour la dérégulation de l'économie du pays. Mais ils rappelaient qu'un tel système impliquait que le Conseil de la concurrence soit doté des moyens propres à lui permettre d'assurer pleinement sa mission, que les services spécialisés de l'administration apportent à la nouvelle organisation le concours de leur expérience au service des nouvelles formes de régulation du marché, que les juges, dont les tâches étaient accrues, bénéficient d'une formation plus systématique pour assurer leurs nouvelles compétences, que les responsables publics, de l'État à la Commune, dans les mesures qu'ils prennent, tirent les conséquences de l'évolution vers une économie de marché ; enfin, que les chefs d'entreprise prennent entièrement conscience que c'était désormais à eux qu'il appartenait de décider, sous l'arbitrage des consommateurs. On espérait ainsi parvenir à une situation où l'État ne serait plus le « garant » de l'économie, mais le « garant » de la liberté de celle-ci.

4 - Tout cela est-il advenu ? La question est donc finalement de savoir si, par le droit refondé et les institutions renouées, l'ordonnance de 1986 a effectivement libéré l'économie.

5- La démarche du groupe de travail a d'abord été rétrospective. Partant de l'environnement politique, économique, institutionnel et juridique dans lequel est intervenue la réforme du droit de la concurrence, elle a retracé l'évolution de ces données historiques pour vérifier si, dans le contexte actuel, les principes établis et les institutions créées en 1986 ont atteint leur but et restent pertinents.

6 - La démarche s'est aussi voulue prospective. Elle a eu pour ambition de rechercher si, dans son état actuel, tel qu'il a été modifié depuis 1986, le droit de la concurrence est apte à promouvoir une économie moderne, à la rendre plus compétitive et à ouvrir des perspectives

stimulantes pour les acteurs économiques en renouvelant les promesses d'il y a trente ans. Notre droit de la concurrence est-il porteur d'un élan pour l'ensemble de la société ?

7 - Pour répondre à cette double interrogation, il a d'abord été nécessaire d'examiner les facteurs économiques et juridiques de cette évolution et ses diverses dimensions – mondiale, européenne et nationale – et de situer la place de l'analyse économique dans notre conception actuelle du droit de la concurrence (**Première partie**). À partir de ce constat, il a été possible d'étudier les aménagements à apporter au dispositif régulateur de l'économie à la fois sur le plan institutionnel (**Deuxième partie**) et sur celui du droit substantiel (**Troisième partie**), ce qui a conduit à la présentation de quelques propositions de modification du cadre existant.

8 - Les séances de travail qui se sont échelonnées sur près d'une année ont réuni juristes, économistes, praticiens, responsables d'entreprises, experts de toutes disciplines dans une ambiance de collaboration stimulante et harmonieuse dont le présent rapport s'efforce de rendre compte. De même qu'il tente de restituer les riches apports des multiples formes de consultation engagées. Ses auteurs remercient tous ceux qui ont contribué à la richesse de notre réflexion collective.

PREMIÈRE PARTIE

Les facteurs économiques et juridiques de l'évolution

1. ÉVOLUTION DU CONTEXTE

9 - À partir du dernier tiers du XX^e siècle, l'évolution, en France, du contexte concurrentiel a été essentiellement marquée par (1.1 et 1.2) le passage d'une économie planifiée à une économie de marché, laissant toutefois persister une politique de contrôle des pratiques commerciales et des rapports entre producteurs et distributeurs, (1.3) l'élargissement des marchés à l'Europe et à un commerce international libéralisé, (1.4) la propagation mondiale du droit de la concurrence, (1.5) la nécessité de faire converger ces droits et d'instaurer une coopération internationale pour leur application, (1.6) l'influence du droit antitrust américain, (1.7) la dérégulation économique, (1.8) les conséquences de la crise financière puis économique de 2008, et enfin (1.9) l'impact sur les marchés de la révolution digitale.

1.1 De la planification et du contrôle des prix généralisés à une ouverture à l'économie de marché

10 - À la fin des années 1970 et au début des années 1980, sous la pression des changements dans l'environnement économique, le rôle de la concurrence dans les mécanismes économiques est devenu mieux compris et la politique de la concurrence, dont la mise en œuvre du droit de la concurrence constitue une partie essentielle, s'est peu à peu imposée comme une politique économique alternative, mieux adaptée au souci d'efficacité de notre système économique que la planification

souple et la régulation des prix qui avaient été appliquées durant la période allant des ordonnances de 1945 à 1986. La crise pétrolière de 1974 a sonné le glas de nos capacités de planification économique. Par ailleurs, le président de la République élu en mai 1974 était convaincu de la nécessité de libérer les prix. Dès 1977, les préoccupations consuméristes et de concurrence ont fait leur apparition en France. Dans le même temps ont été votées la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, dite loi Scrivener sur la protection des consommateurs et la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, qui a créé la Commission de la concurrence, organisme administratif disposant de pouvoirs et de ressources renforcés par rapport à la Commission technique des ententes et des positions dominantes qu'elle a remplacée.

11 - Mais si les premiers pas ont été faits en direction d'une économie plus ouverte à la concurrence et moins soumise au contrôle administratif des prix, l'envol du prix des matières premières après la crise de 1974 a limité politiquement la possibilité de libéralisation de l'économie. La suppression de l'échelle mobile des salaires en 1982, associée à la politique de rigueur ainsi que la diminution du coût des matières premières, ont fait disparaître, au début des années 1980, le spectre de l'inflation qui était la raison principale du contrôle des prix. Bien que n'ayant qu'un pouvoir de recommandation au ministre de l'Économie quant aux sanctions à infliger en cas de mise en œuvre de pratiques prohibées, la Commission de la concurrence a acquis au cours du temps une influence certaine qui l'a fait craindre des opérateurs économiques, ce qui a rapidement posé le problème de son statut et des droits des parties dans ses procédures.

1.2 La persistance des confusions entre pratiques anticoncurrentielles et pratiques de concurrence déloyale

12 - L'émergence du droit de la concurrence en France a été, dès l'origine, caractérisée par un élément spécifique au droit français qui mérite d'être signalé : un titre (le Titre IV) est consacré dans l'ordonnance de 1986 aux pratiques restrictives et à la transparence. La première caractéristique des pratiques prohibées par ce titre était qu'elles ne

l'étaient pas dans la seule mesure où elles restreignaient la concurrence, comme le sont les pratiques anticoncurrentielles, mais interdites *per se*, sans référence à leur effet, qu'il s'agisse, par exemple, de l'imposition de prix de revente, ou du respect des délais de paiement. La seconde caractéristique de ces pratiques, et plus particulièrement de celles qui figuraient dans l'article 36 de l'ordonnance (telles que les conditions discriminatoires, le refus de vente, la subordination de la vente d'un produit à des conditions de quantité imposées ou la vente liée) est qu'elles visaient à réguler les conditions de la négociation commerciale entre entreprises dans la chaîne verticale allant du producteur au distributeur.

13 - Au fil du temps, ces dispositions se sont diversifiées, modifiées et multipliées à tel point que, dans sa version actuelle, l'article L. 442 -6 du Code de commerce, lointain héritier de l'article 36 de l'ordonnance de 1986, ne contient pas moins d'une vingtaine de pratiques interdites ou de clauses nulles de plein droit qui posent des problèmes de cohérence, tant entre elles, qu'au regard du droit de la concurrence.

1.3 La modification des conditions de concurrence sur les marchés due à l'ouverture au commerce international et à l'élargissement de l'Europe

14 - Depuis 1986, le contexte économique et juridique, tant national qu'europpéen et international, de la mise en œuvre du droit de la concurrence français a profondément changé. En outre, entre le milieu des années 1980 et le début des années 2000, la concurrence internationale sur les marchés nationaux s'est considérablement accrue sous l'effet de la libéralisation du commerce international et de l'élargissement progressif de l'Europe.

15 - Pour ce qui est de la libéralisation du commerce, tout d'abord, sur le plan multilatéral, la négociation de l'Uruguay Round s'est achevée en 1986. Ensuite, alors qu'au début de 1986 le Gatt réunissait quatre-vingt-douze pays, il en comptait cent vingt-huit à la fin 1994, lors de la création de l'OMC et cent soixante-quatre en 2016 (dont la Chine devenue membre de l'OMC en 2011). Le nombre de pays bénéficiant du régime multilatéral des échanges a donc presque doublé.

16 - L'accession de dix-huit nouveaux États membres à l'Union européenne, postérieurement à la publication de l'ordonnance de 1986 a eu pour effet, non seulement d'augmenter dans des proportions considérables le PNB des États membres, mais aussi d'intensifier la concurrence sur son marché intérieur. Parallèlement, pendant la même période, l'Union européenne a signé un grand nombre d'accords de libéralisation commerciale avec des pays tiers, favorisant le développement d'échanges commerciaux et l'accès des produits et services au marché européen.

17 - L'ouverture à l'investissement étranger et à la compétition internationale a incontestablement été un facteur majeur de développement de la concurrence sur les marchés nationaux. Mais elle est parfois perçue comme un facteur de concurrence déloyale, dans la mesure où les pays dont sont originaires ces importations ne sont pas, en matière de droit de la concurrence, de droit fiscal, de droit social ou de droit de l'environnement, soumis aux contraintes imposées aux États membres de l'Union européenne. La question est alors de savoir si le droit de la concurrence national ou européen, en particulier le contrôle des concentrations, peut ou doit remédier à ces inégalités dans la concurrence, ou s'il doit au contraire les ignorer.

1.4 La prolifération des droits de la concurrence dans le monde comme conséquence de la libéralisation du commerce international

18 - Outre qu'il a contribué à accroître le niveau de concurrence sur les marchés, le très rapide développement du commerce international, jusqu'en 2009, et la multiplication des accords commerciaux, ont eu pour conséquence la prolifération des droits de la concurrence à travers le monde. Contrairement aux prévisions des économistes, ce n'est pas la conviction que la libre concurrence est un élément nécessaire à l'efficacité et au développement qui a été le moteur de cette propagation, mais le souci plus mercantile de promouvoir les échanges commerciaux. Très souvent, en contrepartie de l'abandon de l'utilisation d'instruments de protection commerciale, dans la négociation d'un accord bilatéral

ou multilatéral, les pays exigent des garanties pour que leurs entreprises puissent accéder aux marchés de leurs partenaires sans que des barrières privées (abus de position dominante de fournisseurs locaux ou entente à l'importation) compensent et annulent les effets des mesures de libéralisation commerciale négociées. À cet égard, l'adoption d'un droit de la concurrence revêt une grande importance pour garantir l'effectivité des concessions commerciales consenties. En outre, les organismes plurilatéraux ou multilatéraux, comme l'OMC, ont rapidement subordonné l'adhésion de nouveaux membres à la condition qu'ils adoptent un droit de la concurrence efficace. De sorte que, alors qu'au début des années 1980 une trentaine de pays disposaient d'un droit de la concurrence, plus de cent trente pays, sur environ deux cents dans le monde, en sont aujourd'hui dotés.

1.5 La nécessité de la convergence entre les droits nationaux et de la coopération entre les autorités nationales de la concurrence

19 - Dans les années 1990, l'accroissement des échanges et la multiplication des pays ayant un droit de la concurrence soulevèrent des questions relatives, d'une part, à la cohérence de ces droits entre eux, d'autre part, à leur efficacité pour lutter contre les pratiques ou les transactions anticoncurrentielles transnationales. Cette période a vu l'émergence de conflits entre les États portant tout à la fois sur le commerce international et la concurrence, par exemple : le conflit entre les États-Unis et le Japon à propos des pratiques de Fuji pour empêcher la progression des parts de marché de Kodak, ou encore les conflits entre les États-Unis et l'Union européenne à propos de l'affaire Microsoft (2004) ou des concentrations De Havilland Alenia-Aérospatiale (1991), Boeing/McDonnell Douglas (1997) ou General Electric/Honeywell (2001). En même temps, la recherche d'une convergence des droits de la concurrence et de coopération internationale entre les autorités nationales de la concurrence s'est imposée en raison de la proximité entre le droit de la concurrence et la négociation commerciale. Les travaux engagés sur ces thèmes ont eu un impact sur le droit de la concurrence européen, lorsque, au début des années 2000, sera esquissé un rapprochement entre la conception américaine

du droit antitrust et la conception européenne du droit de la concurrence d'inspiration ordo-libérale (*cf. infra* n° 21).

20 - Mais les conflits des années 1990 et les politiques de convergence et de coopération mises en œuvre par les autorités de la concurrence ont abouti à ce que ces dernières, craignant l'intervention des États en raison de l'importance des enjeux du commerce international soulevés par certains contentieux de concurrence, ont cherché, tout à la fois, à protéger leur indépendance et à réduire le risque de divergence entre elles. De cette double préoccupation découlent, d'une part, les travaux du Comité de la concurrence de l'OCDE se traduisant par des recommandations et des suggestions de bonnes pratiques, d'autre part, la création, en 2001, de l'*international Competition Network*, réseau multilatéral d'autorités de la concurrence dédié à la promotion de la convergence entre les droits de la concurrence.

1.6 La convergence transatlantique et la modernisation du droit de la concurrence européen

21 - Dans cette dynamique internationale, le tournant du siècle a été l'occasion pour la Commission européenne de moderniser profondément le droit européen de la concurrence et de tenter de faire rapprocher son application du droit antitrust américain. Cette influence s'est exercée autant en matière d'entente verticale, par l'engagement en 1998 de la réforme des règles de concurrence dans le secteur de la distribution, dans celle des pratiques d'abus, par la communication du 24 février 2009 relative aux orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives par les entreprises dominantes, qu'en matière de concentration, par la réforme du système de contrôle résultant du règlement du 20 janvier 2004 (règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises). Cette évolution s'est essentiellement traduite par une approche plus économique du droit de la concurrence.

22 - Il en est résulté que la quasi-totalité des autorités de concurrence nationales au sein de l'Union européenne, y compris en France, se sont dotées d'un chef économiste. Le rôle de l'analyse économique dans le traitement des affaires a progressé sensiblement, même si ce fut de manière inégale selon les pays. La pénétration de l'analyse économique est en outre plus profonde dans le contrôle de la concentration que dans celui des ententes verticales et des abus de position dominante, où elle est à la fois plus lente et plus contestée.

23 - La modernisation du droit européen de la concurrence, qui s'est poursuivie dans la deuxième décennie du siècle par la réforme des aides d'État, a profondément transformé la mise en œuvre des droits de la concurrence nationaux, car elle est allée de pair avec la décentralisation du droit européen de la concurrence et la « mise en réseau » des autorités de la concurrence nationales organisées par le règlement CE n° 1/2003 entré en vigueur le 1^{er} mai 2004 (*cf. infra* n° 54).

1.7 La dérégulation économique comme facteur de développement de la concurrence

24 - En marge du développement du commerce extérieur, divers secteurs, autrefois monopolisés par un opérateur public et/ou fortement réglementés, ont été ouverts à la concurrence sous l'impulsion des institutions de l'Union européenne. Alors que le grand marché intérieur européen, institué par l'Acte unique de 1985, ne concernait que les biens et les services privés marchands, à l'exclusion des activités de réseau, la Commission européenne s'est attachée à promouvoir la libéralisation et l'ouverture à la concurrence des activités de transport aérien, de télécommunications, de service postal, de transport ferroviaire et d'énergie, tout en permettant aux États membres de définir et de financer les services potentiellement déficitaires, mais jugés utiles à la cohésion sociale.

25 - La dérégulation de nombreux secteurs de l'activité économique, outre le fait qu'elle a étendu le champ potentiel ou réel de la concurrence, pose différentes questions en relation avec le droit de la concurrence. La première est de savoir s'il est suffisant d'ouvrir des secteurs pour voir se développer la concurrence ou s'il est nécessaire, comme

dans certains pays comme l’Australie, d’élaborer un cadre de « neutralité concurrentielle » qui garantit une certaine égalité dans la concurrence entre les anciens monopoles publics et les nouveaux entrants. Une deuxième question se rapporte aux objectifs respectifs assignés à la régulation et au droit de la concurrence, afin d’envisager les conditions dans lesquelles les régulateurs sectoriels et les autorités de concurrence peuvent et doivent coopérer. Une troisième question porte sur l’application du droit de la concurrence aux secteurs nouvellement dérégulés, afin de faire le partage entre la promotion du processus concurrentiel et la protection des concurrents.

1.8 Les conséquences de la crise financière puis économique de 2008 : montée du protectionnisme et évolution des autorités de la concurrence vers une approche plus « régulatoire »

26 - À la progression de l’analyse économique dans le traitement des cas de concurrence a succédé, à partir de 2009, une période de mise en cause de la concurrence comme principe économique en raison de la crise financière puis économique de 2008. Celle-ci a eu plusieurs effets sur le droit et la politique de concurrence. En premier lieu, cette crise, dont le point de départ a été un dérèglement du marché du crédit hypothécaire aux États-Unis, a montré que des marchés concurrentiels, comme ceux du crédit et de l’immobilier américains, pouvaient être le lieu de comportements sinon irrationnels, du moins répondant à des incitations perverses et débouchant sur une crise systémique. En d’autres termes, il fut vérifié que la concurrence ne garantit pas toujours l’efficacité économique et doit, à tout le moins dans les secteurs financiers, avoir pour complément une régulation effective pour faire face aux risques systémiques. En second lieu, ces circonstances ont fait grandir le sentiment que l’interpénétration des économies par le commerce international, l’investissement et la concurrence des biens ou services pouvait, en période de crise, fragiliser les pays dont l’économie est ouverte sur le monde.

27 - La réalisation de ce que la rationalité des acteurs économiques a des limites tenant par exemple à des limites dans la capacité de traitements des informations, ou encore à des biais cognitifs distordant la perception de certaines d'entre elles, a conduit au renouveau d'une branche de l'économie : l'économie comportementale, jusqu'alors largement ignorée dans les analyses. Elle consiste à affiner la réflexion sur les comportements humains et à prendre en compte dans l'analyse économique le fait que ces comportements individuels et collectifs ne sont pas nécessairement rationnels dans le sens classique du terme. Le droit de la concurrence est ainsi invité à prendre mieux en compte ce que l'on sait des comportements humains.

28 - En outre, dans une conjoncture déprimée, les pays qui, comme les États-Unis, la Chine ou l'Europe, ont tenté des politiques de relance ont dû s'assurer, par la mise en œuvre de mécanismes protectionnistes, qu'elles profiteraient aux entreprises de leur pays et non aux entreprises étrangères importatrices.

29 - En même temps, la diminution de la demande sur les marchés a accéléré les tensions concurrentielles entre les offreurs des pays développés et ceux des pays à bas salaires et a eu pour conséquence, en fonction du degré de flexibilité des marchés du travail nationaux, soit une augmentation du chômage, en raison de la délocalisation de certaines unités de production, soit une stagnation des salaires pour la main-d'œuvre faiblement qualifiée ; les emplois les moins qualifiés des pays développés étant fréquemment en concurrence avec des emplois similaires, mais beaucoup moins chers, dans les pays à bas salaires, soit une combinaison de ces deux effets. De sorte que la globalisation des marchés économiques, qui avait jusqu'alors été vantée comme ayant permis, dans les années 1990, de sortir de la pauvreté environ six cents millions de personnes, principalement en Inde et en Chine, est devenue, dans l'esprit de beaucoup, une machine à broyer les classes moyennes des pays développés par le jeu d'une concurrence considérée comme inéquitable. En particulier, il est apparu que le mécanisme de la réallocation des ressources induit par le jeu de la concurrence se heurte, dans la réalité, à des obstacles non prévus dans la théorie des marchés de base. Cette période a ainsi vu une recrudescence du scepticisme du public

vis-à-vis des bénéficiaires de la concurrence, ainsi que la montée des populismes et du protectionnisme dans certains pays développés, comme les États-Unis ou la France.

30 - Confrontées à cette situation, les autorités de concurrence ont dû réaffirmer leur certitude quant à la nécessité de préserver les mécanismes concurrentiels pour promouvoir la croissance et la productivité à long terme. Ainsi, par exemple, à partir de 2014, l'OCDE a publié un argumentaire à la disposition des autorités de la concurrence pour les aider à démontrer que la concurrence a un effet macroéconomique bénéfique. Le débat sur l'utilité du droit de la concurrence et sur ce que l'on peut en attendre s'est intensifié également en raison du fait que, la crise économique aidant, les contraintes budgétaires des États se sont tendues et que les autorités de la concurrence ont été soumises, comme tous les démembrés de l'État, à des contraintes budgétaires de plus en plus fortes.

31 - Pour faire face à de telles circonstances, ces autorités se sont préoccupées d'assurer l'efficacité de leur action. Alors que leurs efforts antérieurs avaient principalement porté sur la diminution du coût des enquêtes, notamment grâce à l'utilisation des programmes de clémence, un nouvel effort s'est attaché à la réduction du coût des décisions. Ainsi, les procédures de non-contestation des griefs ou d'engagements deviennent-elles plus fréquentes. Par exemple, en France, les procédures de non-contestation des griefs, qui permettent d'alléger le traitement des dossiers pour l'Autorité de la concurrence et, pour les entreprises en cause, d'obtenir une réduction des sanctions, qui s'élevaient à 25 % de ces affaires en 2010-2011, en représentaient 38 % en 2012-2013 et 56 % en 2014-2015. En outre, la loi du 6 août 2015 a introduit dans le Code de commerce la procédure de transaction qui offre, pour les parties, plus de garanties que la non-contestation des griefs à laquelle elle se substitue. De même, les affaires ayant donné lieu à une procédure d'engagements, qui représentaient 13 % des affaires instruites en 2008-2009, atteignaient 17,7 % de ces affaires en 2010-2011, et 20 % en 2014-2015.

32 - Dans d'autres pays s'est développé le recours à des instruments plus légers que les enquêtes contentieuses, telles que, par exemple, les études de marché *market enquiries*. Au nom de l'efficacité, ces nouveaux instruments réduisent le champ des procédures contentieuses clas-

siques, ainsi que celui du contrôle juridictionnel, et donnent un pouvoir « quasi régulateur » aux autorités de concurrence, en leur permettant d'intervenir plus rapidement et d'obtenir des concessions qu'elles n'auraient pas nécessairement eues par la voie des injonctions. Certains observent toutefois que le recours à ces instruments « appauvrit » la pratique décisionnelle des autorités de concurrence.

1.9 La révolution digitale et le dilemme des autorités de concurrence face à la nécessaire refondation du droit de la concurrence

33 - Autre élément de l'évolution du contexte, depuis l'adoption de l'ordonnance de 1986, les progrès de l'économie digitale et des technologies de rupture ainsi que, à partir du début des années 2010, les transformations du tissu économique résultant de ces innovations, posent d'importants défis aux autorités chargées de la mise en œuvre du droit de la concurrence, tant au niveau conceptuel qu'au niveau opérationnel.

34 - D'un point de vue conceptuel, le développement de l'économie digitale permet à des plateformes opérant sur le Net, en servant d'intermédiaire entre consommateurs et offreurs de services, d'inventer des services concurrents de ceux offerts par des entreprises traditionnelles. L'économie du partage, qui vient ainsi se substituer à l'économie de la production, est, à plusieurs niveaux, source de complexité pour l'analyse de concurrence. Cette nouvelle économie pose trois séries de questions au regard des concepts classiques du droit de la concurrence. En premier lieu, celle de savoir si la plateforme et les personnes qu'elle met en contact constituent une entreprise, question à laquelle les tribunaux ne répondent pas de la même manière. En deuxième lieu, celle de l'action sur un marché, si l'on admet que les plateformes n'offrent pas elles-mêmes le service, mais se contentent de faciliter l'échange entre offreurs et demandeurs d'un service alternatif. En troisième lieu, à supposer que les plateformes agissent sur les marchés de ces services, celle de la neutralité concurrentielle, si les fournisseurs traditionnels du service sont soumis à des régulations différentes de celles auxquelles le sont les plateformes qui les concurrencent.

35 - Au-delà même de l'économie du partage, les plateformes, digitales ou non, déterminent fréquemment des marchés bifaces ou multifaces lesquels, contrairement aux marchés traditionnels, se définissent comme ceux sur lesquels la même prestation est vendue simultanément à deux ensembles différents de clients avec des effets d'interdépendance entre eux. Par exemple, le moteur de recherche de Google offre un service aux consommateurs et aux annonceurs. Il est mis gratuitement à la disposition des premiers par Google qui vend ses espaces publicitaires aux seconds.

36 - Les instruments traditionnels du droit de la concurrence doivent être adaptés pour tenir compte de ces nouvelles configurations : il y a donc tout d'abord un besoin de réflexion, émanant du monde académique et de celui des praticiens de l'économie et du droit de la concurrence, pour produire des outils et des concepts pertinents dans le monde numérique. Il s'agit là d'un enjeu de recherche théorique et appliquée. Ainsi, par exemple, le test du « monopoleur hypothétique », qui consiste à se demander si l'entreprise ou le groupe d'entreprises considéré pourrait avoir intérêt à augmenter son prix de 5 % au-dessus du prix de concurrence pour en tirer la conséquence sur l'existence de concurrents sur le marché, n'est pas facile à mettre en œuvre dans le cas de plateformes qui, ayant simultanément deux types de clients interdépendants, pratiquent pour chacune d'eux des prix différents, mais liés entre eux.

La définition du pouvoir de marché, généralement entendue comme la capacité de maintenir en longue durée des prix supracompétitifs sans provoquer l'entrée ou le développement de concurrents, devient complexe dès lors, d'une part, que la plateforme ne pratique pas un prix, mais des prix différents sur chaque face et que, d'autre part, ces prix étant notamment fonction de l'interdépendance entre les différents types de clients, un prix égal à 0 sur une face peut être parfaitement compatible avec la maximisation des profits de l'entreprise.

Enfin, le fait que les algorithmes utilisés dans la gestion d'entreprise deviennent de plus en plus sophistiqués et, grâce à la capacité de traiter un très grand nombre de données, puissent désormais s'améliorer en continu, pose de redoutables problèmes au regard de l'imputation d'un éventuel comportement anticoncurrentiel. En effet, un ou des

algorithmes de gestion, qui ne sont d'ailleurs pas nécessairement identiques, mais dont l'objectif programmé commun est la maximisation des profits de l'entreprise, sont capables de découvrir par eux-mêmes, et en dehors de toute instruction, qu'un équilibre collusif tacite est la meilleure façon d'obtenir un tel résultat et de mettre en œuvre, sans avoir été spécialement programmés pour cela, les stratégies appropriées pour arriver à un tel résultat. On mesure alors toute la difficulté de qualifier la faute et l'imputer à une entreprise ou un auteur. Cette situation fait donc naître un deuxième besoin, celui des compétences nécessaires, au sein des autorités de concurrence, pour être à même d'appréhender certains comportements développés dans le monde numérique.

37 - En d'autres termes, pour s'adapter au défi de l'économie digitale, le droit de la concurrence doit adapter les outils existants ou parfois même trouver de nouveaux instruments qui permettront de séparer clairement, sur les marchés multifaces, les situations anticoncurrentielles de celles qui reflètent le jeu effectif de la concurrence. Or, même si les chercheurs se sont déjà emparés de ces sujets, ce travail reste largement à faire. Le droit de la concurrence doit donc se réinventer pour faire face à toute une série de défis associés au développement de l'économie digitale. Mais, la progression vers cette réinvention étant très en retard sur l'évolution technologique, les autorités de la concurrence sont confrontées à un dilemme : soit elles interviennent avec des instruments et des moyens pour partie encore inadaptés, au risque de rendre des décisions inappropriées, soit elles renoncent à intervenir en courant le risque de voir se développer des pratiques anticoncurrentielles restant impunies. Globalement, au risque de certaines incohérences et afin d'éviter que ne se développent des situations irréversibles, les autorités de la concurrence européennes, et en particulier l'Autorité de la concurrence française, ont choisi d'agir dans les secteurs de l'économie digitale, aboutissant parfois, comme dans le cas des plateformes de réservation hôtelières, à des décisions différentes selon l'autorité en charge du cas. À l'inverse, les autorités de la concurrence américaines sont beaucoup plus réticentes à intervenir tant que les enjeux de concurrence ne sont pas parfaitement maîtrisés dans ces domaines. Dans le cadre de l'OCDE, un programme de réflexions destiné à permettre aux autorités de la concurrence de disposer d'instruments d'analyse plus fiables est en cours.

38 - Au total, l'environnement économique, technologique et juridique des marchés, tant aux plans national qu'européen et international a été profondément modifié depuis 1986. Même dans un pays comme la France, historiquement réticent à la notion de concurrence, l'idée selon laquelle celle-ci doit être protégée, car elle constitue un puissant ferment d'efficacité économique, a progressé. Au fur et à mesure que l'idée de concurrence se développait et que la politique de concurrence s'imposait dans une partie croissante de l'économie, l'adoption de l'ordonnance de 1986, puis sa modification, ont permis le développement d'un droit robuste, entré dans les mœurs et appliqué par une institution qui a réussi à s'imposer dans le paysage économique comme un acteur incontournable et respecté.

39 - Pourtant, l'évolution jurisprudentielle du droit de la concurrence, tant en France que dans l'Union européenne, n'a qu'imparfaitement répondu à l'espoir d'une meilleure intégration des approches économique et juridique de la concurrence. En outre, le droit de la concurrence est devenu plus « régulateur ». Enfin, sont apparus de nouveaux défis pour le droit de la concurrence, liés à l'évolution de l'économie digitale, qui nécessitent, d'une part, une adaptation des outils existants sinon de nouveaux concepts, et, d'autre part, la mise à disposition des compétences adéquates pour traiter ces sujets.

2. LA PLACE DE L'ÉCONOMIE EN DROIT DE LA CONCURRENCE

40 - Comme il a déjà été montré (cf. infra n° 21 et suivants), depuis quelques années, l'analyse économique joue un rôle beaucoup plus important dans la mise en œuvre du droit des pratiques et des transactions anticoncurrentielles. Cette prise en compte de l'approche économique a été accélérée par la Commission européenne au début des années 2000, afin de rendre la politique de la concurrence conforme à l'analyse économique et d'en faire un instrument au service du développement, de la promotion de l'allocation efficiente des ressources et du renforcement de la compétitivité de l'industrie européenne au bénéfice des consommateurs. Cette tendance a été commandée par plusieurs

raisons. En premier lieu, l'objectif de développement de la compétitivité européenne figurant dans le Traité de Lisbonne a conduit naturellement à une réinterprétation de la politique de concurrence à la lumière de cette nouvelle orientation. En deuxième lieu, au début des années 2000, la Cour de justice de l'Union européenne s'est montrée très critique sur la motivation des décisions de la Commission en matière de contrôle des concentrations et a suggéré l'adoption d'une analyse plus rigoureuse et plus respectueuse des principes de l'analyse économique (voir par exemple l'arrêt *Airtours* du 6 juin 2002). Enfin, dans le but d'éviter le développement de conflits transatlantiques, la volonté de convergence et de coopération entre les autorités de concurrence américaines et la Commission européenne a poussé cette dernière à une interprétation du droit de la concurrence plus compatible avec la pratique américaine. Ce contexte suggère des observations en ce qui concerne le rôle du chef économiste au sein de l'Autorité de la concurrence, la place de l'analyse économique dans ses décisions et dans celles des juridictions.

2.1 Le rôle du chef économiste de l'Autorité de la concurrence

41 - La création d'un chef économiste au sein de l'Autorité de la concurrence suit la création d'un poste similaire au sein de la DG Concurrence de la Commission européenne. Au niveau européen, le chef économiste de la DG Concurrence a une triple fonction : il a, d'une part, un rôle d'appui et d'assistance méthodologique des équipes chargées d'instruire des affaires ; il émet, d'autre part, une opinion indépendante auprès du collège de la Commission avant la prise de décision finale (fonction *check and balance*) ; il assure, enfin, une fonction d'animation intellectuelle et de contact entre le monde académique et le Directeur général de la concurrence (DG Concurrence).

42 - Le modèle de la Commission européenne n'est assurément pas le seul modèle possible, mais il présente des différences avec le modèle français qu'il est intéressant de soulever.

La première tient à ce que le chef économiste de l'Autorité de la concurrence est le chef d'un des services de l'instruction plutôt que le patron

d'un service indépendant au sein de l'Autorité. Ce service n'est pas rattaché au collège, mais est placé sous l'autorité du rapporteur général, chef des services d'instruction, lesquels sont, par ailleurs dotés de rapporteurs ayant une formation économique. Ne comptant que sept personnes à l'intérieur des services d'instruction qui comprennent environ quatre-vingt-dix rapporteurs, il est, en outre, de taille modeste. La mission principale du service économique de l'Autorité de la concurrence française est « l'appui en matière d'analyse économique aux rapporteurs en charge de l'instruction des dossiers contentieux ou de concentration ainsi que des avis. Il est également sollicité pour examiner les études économiques soumises par les parties ». Ce qui signifie que le chef économiste ne remplit pas le rôle d'expert indépendant donnant au collège un avis éventuellement différent de celui du rapporteur et du rapporteur général. Certes, le collège comprend lui-même deux économistes spécialistes, mais, en l'état actuel, ce faible nombre traduit un déséquilibre par rapport aux juristes au sein de l'Autorité. En outre, compte tenu du mode de fonctionnement du collège, les économistes spécialistes de la concurrence ne siègent pas dans toutes les affaires [entre janvier 2015 et septembre 2017, ils n'ont participé au délibéré que dans un quart (dix-sept sur soixante-six) décisions contentieuses et dans moins de la moitié (vingt-trois sur quarante-neuf) des demandes d'avis].

Une deuxième différence importante entre le dispositif français et le dispositif de la Commission européenne est que, contrairement à cette dernière où le chef économiste participe au choix des cas sur lesquels il intervient, dans le système national, l'équipe du chef économiste n'intervient dans les dossiers contentieux qu'à la demande des rapporteurs et selon leur propre appréciation de l'intérêt économique de l'affaire.

Une troisième différence notable concerne la durée du mandat du chef économiste. Dans le cas de la Commission européenne, le chef économiste est recruté à l'extérieur (jusqu'ici dans le champ académique) pour une durée limitée (trois ans) ; ceci contribue également à renforcer son indépendance. Dans le dispositif français, aucune limitation n'empêche au contraire le chef économiste de faire carrière dans l'institution.

La combinaison de ces caractéristiques du système français conduit à une absence d'indépendance du chef économiste vis-à-vis de l'instruction, nettement ressentie par les parties et leurs experts.

Conséquence des trois premières, une quatrième différence entre le système français et le système de l'UE est que le chef économiste joue un rôle moins actif dans le lien entre l'Autorité de la concurrence et la communauté académique.

2.2 L'analyse économique dans les décisions de l'Autorité de la concurrence

43 - Si l'analyse économique joue un rôle significatif dans les décisions et les avis de l'Autorité de la concurrence, elle reste inégale selon les domaines du droit de la concurrence et est encore trop limitée. Elle est plus manifeste en matière de contrôle de la concentration que pour les pratiques anticoncurrentielles et, en cette matière, elle est plus fréquente lorsqu'il s'agit de délimiter les contours d'un marché qu'en ce qui concerne l'appréciation des effets d'une pratique. D'une manière générale, le caractère limité et inégal du recours à l'analyse économique reste une source de frustration et de critique de la part de nombreux spécialistes du droit de la concurrence. Plusieurs facteurs peuvent expliquer cet état de fait.

44 - En premier lieu, et comme il vient d'être exposé, il n'existe pas, auprès de l'Autorité de la concurrence, un chef économiste qui, comme c'est le cas à la Commission européenne, est chargé de donner au collègue un avis impartial sur le bien-fondé méthodologique des raisonnements économiques ou des analyses empiriques qui sous-tendent l'instruction des dossiers.

45 - En deuxième lieu, l'évolution récente du droit de la concurrence conduit les autorités de concurrence en général, et l'Autorité de la concurrence française, en particulier, à privilégier le développement de procédures qui ne requièrent pas un examen contradictoire complet, qui permettent d'éviter d'approfondir certains éléments d'analyse économique ou encore qui modifient le débat en le faisant plus porter sur la nature des remèdes que sur la qualification des griefs, telles par exemple que les procédures de clémence, de non-contestation des griefs – devenue la procédure de transaction, ou les décisions d'engagements.

46 - En troisième lieu, les autorités de concurrence européennes, à la suite de la Commission, ont eu tendance à donner une interprétation complaisante à la notion d'infraction par objet qui leur permet de condamner une pratique sans avoir à en examiner les effets économiques. Ceci a suscité des réserves, jusqu'à ce que la Cour de justice, puis la Cour d'appel de Paris aient censuré les interprétations extensives de l'objet anticoncurrentiel (voir, pour la CJUE, l'affaire Groupement des cartes bancaires, arrêt du 11 septembre 2014 et pour la Cour d'appel de Paris, l'affaire France Farine et Bach Mühle, arrêt du 20 novembre 2014).

47 - En quatrième lieu, selon certains économistes du droit de concurrence, si les services d'instruction sont prompts à signaler, parfois de façon lapidaire, les faiblesses des études économiques empiriques présentées par les parties, soit pour définir les marchés pertinents, soit pour évaluer les effets des pratiques incriminées, ils ne proposent que très rarement des études documentées répondant à l'argumentation économique des entreprises en cause. Si dans certaines affaires, l'Autorité de la concurrence a été en mesure d'opposer des études sérieuses et approfondies aux analyses économiques et/ou économétriques produites par les parties, plusieurs économistes ont fait état de leurs frustrations en insistant sur la nécessité de mieux prendre en compte, en particulier dans la motivation des décisions, l'analyse économique dans le droit antitrust.

48 - On peut estimer que, en matière de pratiques anticoncurrentielles, une interprétation plus rigoureuse de la notion d'infraction par objet, un recours plus systématique des services de l'instruction aux techniques de l'analyse économique pour définir les marchés, caractériser la nature anticoncurrentielle de certaines pratiques et évaluer l'importance des dommages à l'économie, combinée avec une validation plus fréquente, par le service économique, de la méthodologie scientifique utilisée par les parties, seraient d'utiles garanties pour s'assurer de la qualité des décisions. En revanche, pareille insuffisance n'est pas signalée en matière de contrôle des concentrations où, à l'inverse, l'Autorité de la concurrence fait une large place à l'économie. Elle a ainsi adopté en décembre 2009, puis révisé en 2013, des Lignes directrices, dont près de la moitié concerne la mise en œuvre de l'analyse économique, notamment en ce qui concerne la délimitation des marchés et l'analyse des effets coordonnés

et unilatéraux des concentrations. La révision de 2013 a notamment permis à l’Autorité de décrire avec plus de précision certains tests économiques quantitatifs utiles à la définition des marchés et à l’analyse des effets non coordonnés des opérations de concentrations horizontales. Il est vrai qu’aujourd’hui le service de l’instruction qui traite particulièrement des concentrations est composé d’une quinzaine de rapporteurs dont la moitié environ est constituée d’économistes.

2.3 L’analyse économique devant les juridictions de recours contre les décisions de l’Autorité de la concurrence

49 - Diverses juridictions sont appelées à traiter d’affaires de concurrence (tribunaux de commerce, tribunal administratif, cour d’appel de Paris, Cour de cassation, Conseil d’État). Le droit de la concurrence a ceci de particulier que sa finalité est économique et que le recours au raisonnement économique est nécessaire pour caractériser une violation du droit de la concurrence ou le caractère anticoncurrentiel d’une concentration. En ce qui concerne l’appréciation des préjudices, les juges ont également besoin de comparer la situation infractionnelle avec une situation contrefactuelle si la concurrence avait joué sur ce marché ou sur un marché similaire. Ceci implique que les juges aient reçu une formation économique ou aient les moyens de faire appel à une expertise économique indépendante des parties. Or la formation des magistrats, à tout le moins dans sa phase initiale, ne leur permet pas d’acquérir les notions d’analyses économiques ou les techniques statistiques qui leur seraient indispensables pour traiter en toute confiance les contentieux de concurrence. Ce problème n’est, il faut le souligner, pas propre à la France ; c’est un sujet de préoccupation dans divers autres pays. Les éléments de réponse à cette préoccupation sont de différentes natures, mais sont, en tout état de cause, complémentaires.

50 - Entrent d’abord dans cette catégorie, toutes les questions relatives à la sélection, à la formation des juges, à l’acquisition d’expérience, à l’assistance de collaborateurs qualifiés dont ils devraient être entourés et à la spécialisation des juridictions chargées de traiter du contentieux de la concurrence (*cf. infra* n° 98 et suivants).

51 - Par ailleurs, la publication de Lignes directrices par l'Autorité de concurrence elle-même peut être fort utile aux juges qui, même s'ils ne sont pas liés par de telles recommandations, peuvent mieux comprendre la démarche de cette institution et les enjeux sous-jacents. La communication de la Commission européenne définissant ses orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 CE (devenu l'article 102 TFUE) aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes a, par exemple, joué un rôle crucial pour permettre de comprendre la logique économique qui animait la Commission en termes d'abus d'exclusion et pour clarifier pour les juridictions le test à appliquer. En France, si l'Autorité de la concurrence a publié des communiqués concernant différents aspects de la procédure, en ce qui concerne la substance du droit de la concurrence, elle n'a en revanche publié que peu de documents explicatifs de sa méthode d'analyse économique. À cet égard, les Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations (publiées en 2009 puis révisées en juillet 2013) qui sont consacrées pour moitié aux questions du contrôle substantiel de la concentration font figure d'exception. Il est vrai, cependant, que des précisions méthodologiques peuvent résulter de décisions de l'Autorité (voir par exemple la Décision du 27 juillet 2016 concernant la concentration Fnac/Darty qui a permis de préciser les principes de la prise en compte de la distribution *online* lors de la définition des marchés pertinents en matière de distribution). Il serait pourtant fort utile pour le juge de mieux comprendre la méthode qu'envisage de suivre l'Autorité dans un grand nombre de domaines qui touchent au fond du droit et à l'interprétation économique des notions ou raisonnements sous-jacents tels que la distinction entre infractions par objet et infractions par effet, la contribution au progrès économique, les standards de preuve de l'abus de dépendance économique, la méthode d'analyse des abus d'exploitation, etc.

3. LE CADRE EUROPÉEN

52 - Toute réflexion sur la politique et le droit de la concurrence en France doit naturellement tenir compte de l'appartenance de la France à l'Union européenne, au sein de laquelle la politique de concurrence a, depuis l'origine, occupé une place centrale.

Lors de la réforme de 1986, une volonté de se rapprocher du modèle européen avait déjà été clairement exprimée, mais le contexte institutionnel était à l'époque sensiblement différent. Le contrôle communautaire des concentrations n'était pas encore mis en place et, en droit des pratiques anticoncurrentielles, les États membres disposaient encore d'une grande liberté, même si, en cas d'application parallèle du droit communautaire et du droit national, le principe de primauté avait été affirmé par la Cour de justice dans l'arrêt *Walt Wilhelm* en 1969. Certains États membres n'avaient toujours pas de droit de la concurrence interne. Dans ceux qui avaient une législation nationale, la moitié n'avait pas doté leurs autorités nationales du pouvoir d'appliquer les interdictions des articles 85 § 1 et 86 du traité de Rome.

53 - Les différentes réformes des traités constitutifs ont entraîné des changements majeurs. En dehors du fait que l'Acte unique européen en 1986, puis le traité de Maastricht en 1992, ont confirmé le rôle de la politique de concurrence dans la construction européenne, le Traité de Lisbonne a, pour la première fois, affirmé que « l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur » était une compétence exclusive de l'Union européenne ((article 3.1, sous b), TFUE). Parallèlement, lors de l'élargissement aux Pays d'Europe Centrale et Orientale (PECO), la Commission européenne a exigé des États candidats qu'ils disposent dans leur arsenal législatif d'un droit de la concurrence interne, ainsi que d'autorités de la concurrence pour l'appliquer. L'existence d'un droit de la concurrence est ainsi devenue un prérequis pour l'adhésion à l'Union européenne.

54 - De son côté, le droit de la concurrence de l'Union européenne a connu au début des années 2000 un vaste mouvement dit de modernisation, qui a touché ses trois composantes. Pour la partie dite antitrust, qui repose sur les articles 101 et 102 TFUE, une véritable révolution a été

opérée par l'entrée en vigueur le 1er mai 2004 du règlement n° 1/2003 sur la mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE qui a créé le Réseau européen de concurrence. À cette modernisation dite procédurale s'est ajoutée une modernisation dite substantielle qui s'est exprimée principalement dans l'adoption des règlements d'exemption par catégorie de « deuxième génération », dont le premier a été le règlement n° 2790/99 sur les accords verticaux. Au même moment, le contrôle des concentrations a été également « modernisé », le premier règlement n° 4064/89, étant remplacé par le règlement n° 139/2004. L'un des points majeurs de la réforme a porté sur le changement du critère d'évaluation et le passage d'un test fondé sur la création ou le renforcement d'une position dominante à un test centré sur l'atteinte significative à la concurrence. La « modernisation » a ensuite touché plus tardivement le contrôle des aides d'État, d'abord avec le plan d'action de 2005, puis surtout avec la révision de tous les textes de droit dérivé lancée en 2012. Ce grand mouvement de modernisation s'est achevé en juillet 2016 avec l'adoption d'une communication de la Commission sur la notion d'aide d'État.

Si les articles des traités constitutifs sont demeurés inchangés depuis 1957, tout le corpus de droit dérivé en droit de la concurrence de l'Union a finalement été entièrement revu ces quinze dernières années, que ce soit sous la forme de nouveaux textes de droit « dur », ou via des textes de soft law, que la Commission a multiplié dans chacune des composantes. Enfin, il faut bien évidemment mentionner la jurisprudence de la Cour de justice qui n'a cessé de s'enrichir à la fois quantitativement et qualitativement du fait des recours directs de plus en plus nombreux examinés par le Tribunal de l'Union européenne à partir de 1990 et des questions préjudicielles posées par les juridictions nationales.

55 - Plus encore qu'en 1986, cet environnement européen foisonnant est omniprésent dans la mise en œuvre de la politique de concurrence en France.

Il suffit pour s'en convaincre de constater que, dans ses nombreux avis, l'Autorité de la concurrence prend toujours en compte les nombreux textes de droit de l'Union, qu'ils relèvent ou non du droit de la concurrence, qui peuvent être pertinents pour l'examen du problème. Tel est le cas par exemple du rappel des obligations procédurales liées au contrôle des

aides d'État, qui relève de la compétence exclusive de la Commission européenne. Le cadre européen est tout aussi présent dans le contenu du droit de la concurrence. Dans la mise en œuvre du Livre IV, les différentes instances compétentes doivent tenir compte des contraintes imposées par le droit de l'Union. Ces contraintes pèseraient également sur le législateur français si une réforme du Livre IV était envisagée.

Ces dernières varient toutefois en fonction des composantes du Livre IV du Code de commerce. Elles sont très importantes pour le droit des pratiques anticoncurrentielles du titre II, mais elles existent également et sont souvent mésestimées pour le contrôle des concentrations du titre III, ou encore le droit des pratiques restrictives du Titre IV.

3.1 Droit des pratiques anticoncurrentielles

56 - C'est en matière de pratiques anticoncurrentielles que les contraintes européennes sont les plus importantes. Elles ne sont pas les mêmes pour les règles de fond et les règles de procédure.

57 - S'agissant des règles de fond, il faut se reporter à l'article 3 du règlement n° 1/2003, premier texte du droit de l'Union à traiter la question des relations entre droit de l'Union et droits nationaux, qui avait été abandonnée dans le Traité de Rome à un règlement à venir. La compréhension de ce texte impose de se souvenir qu'il s'agit d'un compromis entre la Commission et les États membres. En effet, lors des discussions sur la proposition de règlement de 2000 qui allait devenir le règlement n° 1/2003, la Commission avait souhaité généraliser un système dit de guichet unique, qui aurait limité l'application des droits nationaux aux seules pratiques purement internes, les articles 101 et 102 TFUE étant seuls applicables aux pratiques susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. Certains d'entre eux, dont la France, se sont opposés à un tel système et ont obtenu la possibilité de maintenir une application parallèle des articles 101 et 102 TFUE et des règles nationales équivalentes aux pratiques susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. En contrepartie, la Commission a fait insérer dans l'article 3 du règlement n° 1/2003 deux règles fondamentales dans les paragraphes 1 et 2.

En application de l'article 3, paragraphe 1, toutes les Autorités nationales de concurrence (ANC) et les juridictions nationales ont l'obligation d'appliquer les articles 101 et 102 TFUE aux pratiques susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. Par ailleurs, si l'État membre a opté pour un système d'application parallèle, ce qui est le cas de tous, à l'exception de l'Italie qui avait dès l'adoption de son droit national opté pour un système d'application alternative, la règle dite de convergence affirmée par l'article 3, paragraphe 2, s'impose. Cette règle de convergence s'applique intégralement en matière d'ententes. En conséquence, les ANC et juridictions nationales doivent aligner l'interprétation de leur droit interne sur les solutions de l'article 101 TFUE, qu'il s'agisse des interdictions du paragraphe 1, ou des dérogations du paragraphe 3. Elle connaît toutefois une atténuation pour les pratiques dites unilatérales. L'article 3, paragraphe 2, *in fine*, permet de conserver en droit interne des législations plus sévères que l'article 102 TFUE. L'objectif a été de permettre aux États membres, dont la législation prohibait d'autres formes de pratiques abusives que les abus de position dominante, de maintenir ces interdictions dans leur droit national. C'est à ce titre qu'ont pu être maintenues en droit français les prohibitions des abus de dépendance économique et des pratiques de prix abusivement bas.

58 - En France, la règle de convergence a été parfaitement intégrée par le Conseil puis par l'Autorité de la concurrence qui ont aligné l'interprétation des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce sur celle des articles 101 et 102 TFUE. De même, en 2008, le législateur a tenu compte de cette contrainte importante en réservant le régime des pratiques dites de dimension locale de l'article L. 462-9 du Code de commerce, sous la responsabilité du ministre de l'Économie, aux seules pratiques qui ne sont pas susceptibles d'affecter le commerce entre États membres.

Toutefois, à trois occasions récentes, le législateur français a intégré de nouvelles interdictions sans tenir compte de cette donnée fondamentale. Le mouvement a commencé en 2012 lorsque la loi du 20 novembre 2012 a prohibé dans les DOM et certaines COM les accords exclusifs d'importation désormais prohibés à l'article L. 420-2-1 du Code de commerce. Ce modèle a été repris dans la loi du 29 décembre 2016 pour prohiber, dans un nouvel article L. 420-2-2 du Code de commerce, certaines pratiques

(aussi bien ententes que pratiques unilatérales) dans le domaine du transport public de personnes par des véhicules légers, de manière à éviter la prééminence de certaines centrales de réservation. Plus récemment encore, un alinéa 2 a été ajouté à l'article L. 420-5 du Code de commerce qui prohibe les prix abusivement bas pour assurer une préférence aux produits locaux des DOM et des COM. L'on assiste ainsi à une « renationalisation rampante » du droit des pratiques anticoncurrentielles dont la conformité avec le droit de l'Union peut être mise en doute.

59 - Pour les règles de mise en œuvre et les sanctions, les données sont différentes, puisqu'en l'état joue encore le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale. Cela a pour conséquence que les États membres sont libres d'organiser, comme ils l'entendent, le système de mise en œuvre de la politique de concurrence, de même qu'ils sont libres de déterminer les règles de procédure suivies par les institutions nationales.

Depuis l'entrée en vigueur du règlement n° 1/2003, qui met en place le Réseau européen de concurrence et contient certaines règles visant les ANC, comme l'obligation pour elles d'appliquer les articles 101 et 102 TFUE en étant dotées de moyens minimaux, ce principe d'autonomie institutionnelle et procédurale n'a cessé de s'éroder. Le mouvement a été renforcé par l'incidence en la matière de la CEDH qui impose le respect de certains droits fondamentaux, et plus encore par la Cour de justice qui a été amenée à rappeler à différentes reprises la limite au principe d'autonomie procédurale que constitue le principe d'effectivité. L'Autorité de la concurrence a elle-même contribué à réduire la portée du principe d'autonomie procédurale en adoptant une conception étroite de son domaine, notamment en matière de responsabilités, et en suivant en matière de calcul des sanctions pécuniaires une méthode proche de celle adoptée par la Commission.

La marge de manœuvre laissée aux États membres pourrait à l'avenir être encore plus sérieusement encadrée. Le 22 mars 2017, la Commission a, en effet, déposé une proposition de directive, « visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur », dite ECN +. L'objectif est de s'assurer que toutes les ANC sont effectivement indépendantes et disposent d'une

« boîte à outils » comparable, en particulier en matière d'enquêtes et de sanctions. Le mouvement de rapprochement des législations nationales est ainsi lancé.

3.2 Contrôle des concentrations

60 - En contrôle des concentrations, le système de guichet unique, mis en place par le règlement n° 4064/89 et maintenu, lors de la réforme de 2004, par le règlement n° 139/2004, laisse de prime abord une grande marge de manœuvre aux États membres dans l'organisation de leur contrôle national. Disposer d'un contrôle national des concentrations n'est pas une obligation, même si, à ce jour, tous les États membres, à l'exception du Luxembourg, ont introduit un tel contrôle spécifique. Les États ont également toute liberté pour opter, soit en faveur d'un système de contrôle préalable obligatoire, soit en faveur d'un système de contrôle facultatif, comme le montre l'exemple aujourd'hui isolé du droit du Royaume-Uni. Le contrôle français des concentrations mis en place en 1977 était un système de contrôle mixte et c'est par choix que, lors de la loi NRE du 15 mai 2001, le législateur a décidé de le transformer en contrôle préalable obligatoire.

Il existe toutefois deux séries de limites à la liberté *a priori* totale du législateur français.

61 - En premier lieu, le législateur français s'est volontairement autolimité. En effet, lors de la réforme de 2001, il a clairement décidé d'aligner le contrôle français, du moins pour ce qui concerne les questions de droit substantiel, sur le modèle européen. Indépendamment de la reprise de la définition de la concentration, il est même parfois allé jusqu'à renvoyer à des dispositions du règlement, comme pour les modalités de calcul des seuils. Certes, il subsistait en 2001 des différences dans les tests d'appréciation des opérations, mais elles ont été atténuées à la suite du remplacement du règlement n° 4064/89 par le règlement n° 139/2004, qui a abandonné l'ancien critère de la création ou du renforcement de la position dominante, au profit d'un test fondé sur l'atteinte substantielle à la concurrence (dit SLC), et surtout du fait de la pratique. Le mouvement de convergence a joué dans les deux sens. La Commission européenne a,

du moins en principe, admis une possibilité de justification des atteintes à la concurrence, *via* une *efficiency defense*, comme cela avait toujours été admis en droit français, tandis que, de son côté, la pratique française s'est alignée sur les méthodes d'analyse suivies par la Commission. Le transfert du contrôle des concentrations du ministre de l'Économie à la nouvelle Autorité de la concurrence opérée par la loi du 4 août 2008 n'a fait qu'intensifier le mouvement. Il suffit pour s'en convaincre de consulter les Lignes directrices de l'Autorité sur le contrôle des concentrations, qui, en dehors des questions de compétence et des modalités procédurales propres au système français, font constamment référence à des décisions de la Commission et aux arrêts de la Cour de justice.

Dans un tel contexte, toute modification du cadre juridique européen, en particulier sur la définition de la concentration (comme, par exemple, le traitement des participations minoritaires) pourrait avoir des répercussions indirectes sur le contrôle français.

62 - En deuxième lieu, il existe des dispositifs spécifiques qui ne peuvent être utilisés qu'en conformité avec le droit de l'Union. Tel est le cas, tout d'abord, des différents mécanismes de renvoi, et plus particulièrement, des renvois descendants. Dans l'hypothèse où un tel renvoi est accepté par la Commission au profit de l'Autorité de la concurrence, la concentration est analysée au regard du droit français. Ce dernier est applicable tant au déroulement de la procédure que pour l'appréciation au fond. Sur ce point, il n'est pas certain que l'Autorité pourrait suivre une analyse qui contreviendrait aux solutions admises en droit de l'Union. Compte tenu de l'alignement volontaire, cela est désormais peu probable, mais dans le passé, l'on a pu observer des applications divergentes de la théorie de l'exception de l'entreprise défaillante (voir l'affaire SEB/Moulinex). En annulant la décision du ministre et en s'alignant sur l'analyse de cette théorie telle qu'acceptée par la Cour de justice, le Conseil d'État a éliminé le conflit qui aurait pu naître.

Tel est le cas ensuite de la possibilité pour le ministre de remettre en cause une décision de l'Autorité de la concurrence pour des raisons dites d'intérêt général. Comme l'ont montré plusieurs études antérieures, mais également les expériences d'autres États membres (en particulier, le Portugal et l'Espagne), ces mécanismes ne peuvent être exercés que

dans le respect des contraintes de l'article 22 du règlement et du principe de libre circulation consacré par le Traité. Des dispositifs très larges, comme celui prévu en droit français, risqueraient d'être immédiatement paralysés par la Commission, s'ils étaient mis en œuvre. L'on peut s'interroger sur l'utilité de leur maintien dans leur formulation actuelle.

3.3 Pratiques restrictives

63 - Si d'autres États membres connaissent dans leurs droits internes des dispositions qui se rapprochent de celles que l'on connaît en droit français au Titre IV du Livre IV du Code de commerce, à ce jour l'Union européenne n'est pas encore intervenue directement dans ce domaine. C'est par conséquent en cette matière que la marge de manœuvre pour d'éventuelles réformes est la plus importante.

64 - Lors des discussions sur le projet de règlement qui allait devenir le règlement n° 1/2003, le Gouvernement français, qui craignait que la réforme affecte sa capacité d'action en matière de pratiques restrictives, avait été très attentif à ce point. Cela s'est traduit dans la discussion qui a abouti à l'adoption du compromis sur l'article 3 du règlement n° 1/2003 relatif aux relations entre le droit de l'Union et les droits nationaux.

Est pertinent pour le Titre IV, l'article 3, paragraphe 3, selon lequel les dispositions des deux alinéas précédents « n'interdisent pas l'application de dispositions de droit national qui visent à titre principal un objectif différent de celui visé par les articles 81 et 82 du traité ». Si l'on rapproche ce texte du considérant 9 *in fine*, qui l'explique, l'on voit bien que l'objectif est de laisser aux États membres leurs compétences en matière de concurrence déloyale et de toute législation spécifique inspirée par de telles considérations.

65 - Ce principe comporte toutefois deux limites qui ne doivent en aucun cas être oubliées.

En premier lieu, ce principe s'applique « sans préjudice des principes du droit communautaire ». À l'instar de toutes les réglementations étatiques, une disposition du Titre IV doit respecter les principes généraux du droit de l'Union, parmi lesquelles le principe de libre circulation. Un contrôle

est toujours possible, comme l'a montré dans le passé le fameux arrêt *Keck* de la Cour de justice de 1993. Si la Cour de justice n'avait pas à l'époque opéré un revirement de jurisprudence, l'interdiction française de la revente à perte aurait été déclarée contraire au principe de libre circulation des marchandises et à l'article 30 du traité. Un contentieux de même nature peut intervenir à tout moment...

En deuxième lieu, ce principe s'applique « sans préjudice [...] des autres dispositions du droit communautaire ». Cela signifie que les institutions de l'Union pourraient s'emparer de ces questions et légiférer en la matière. L'hypothèse n'est pas d'école, surtout à un moment où la question de la puissance d'achat, en particulier dans le domaine agroalimentaire, soulève des préoccupations qui touchent l'ensemble de l'Union. La Commission a lancé en juillet 2014 un Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales (COM (2014) 472 final), qui a été suivi d'un rapport au Parlement européen en janvier 2016 (COM (2016) 32 final). Si elle a renoncé pour le moment à intervenir par la voie d'un instrument contraignant, elle pourrait modifier sa position.

DEUXIÈME PARTIE

Le cadre institutionnel

66 - Le système de régulation concurrentielle voulu par les auteurs de l'ordonnance de 1986 était fondé sur une répartition équilibrée des rôles entre les organes de mise en œuvre du droit de la concurrence. Dans cette perspective, il maintenait le rôle des juridictions civiles pour des actions privées en réparation des préjudices causés par des pratiques anticoncurrentielles et les pratiques restrictives de concurrence. Il conférait un pouvoir de répression administrative à une autorité de la concurrence : le Conseil de la concurrence, devenu en 2008 Autorité de la concurrence, pour les pratiques anticoncurrentielles, tout en réservant une compétence résiduelle au juge pénal à l'égard des personnes physiques qui avaient pris une part déterminante à une telle pratique. En outre, le contrôle de la compatibilité des concentrations d'entreprises avec le pluralisme de la concurrence était renforcé, tout en laissant l'exclusivité du pouvoir de décision au ministre chargé de l'Économie.

67 - Mais, en même temps, étaient prévues des mesures propres à maintenir une unité d'application du droit de la concurrence. D'un côté les juridictions civiles étaient renforcées dans leur capacité d'expertise et d'administration de la preuve par la possibilité de demander des enquêtes et des avis au Conseil de la concurrence, de l'autre, le contrôle des décisions du Conseil de la concurrence était confié à l'autorité judiciaire et spécialement la Cour d'appel de Paris, instituée en juridiction nationale pour cette compétence particulière. Un tel choix était dicté par deux considérations essentielles : d'une part, l'ordre judiciaire est le juge naturel de la vie des entreprises et la réforme était l'occasion de marquer l'intégration du droit de la concurrence dans le droit privé, d'autre part, il était nécessaire de réunir, sous le seul contrôle de la Cour de cassation, le jugement des pratiques restrictives de concurrence, les litiges civils et

commerciaux qui naissent dans ce domaine, les affaires pénales et la répression administrative des pratiques anticoncurrentielles.

68 - Depuis 1986, des évolutions jurisprudentielles et de nombreuses réformes législatives plus ou moins importantes ont substantiellement modifié le modèle initial, autant dans le domaine de la répression administrative et le régime des recours que dans le contentieux privé du droit de la concurrence. Par ailleurs, en 2008, le contrôle des opérations de concentration a été transféré à l'Autorité de la concurrence. Si, pour la plupart, ces évolutions améliorent les mécanismes de régulation du marché, certains aspects du dispositif suscitent encore quelques interrogations dans le domaine de « l'application publique » du droit de la concurrence comme dans ceux de « l'application privée » et de la répression pénale.

1. LE DISPOSITIF INSTITUTIONNEL DE L'APPLICATION PUBLIQUE DU DROIT DE LA CONCURRENCE

69 - Dans le domaine de l'application du droit de la concurrence par les autorités publiques, les diverses questions soulevées au sein du groupe de travail par les personnes entendues et par les divers contributeurs se rapportent à l'Autorité de la concurrence, au système de recours dont ces décisions administratives peuvent faire l'objet, à la répression pénale et aux relations que l'Autorité de la concurrence entretient avec les autorités de régulation sectorielles.

1.1 L'Autorité de la concurrence

70 - Partant du principe que, à elles seules, les actions privées n'étaient pas suffisantes pour constituer, à l'égard des agents économiques, une dissuasion efficace de se livrer à des pratiques anticoncurrentielles et que, à l'inverse, la force de dissuasion qui s'attache aux poursuites pénales était excessive eu égard à l'incertitude qui caractérise la qualification de ces pratiques, il a été estimé indispensable, à l'instar et sur le modèle de ce qui existait dans différents pays européens, de créer un dispositif de sanctions administratives et de le confier à un organisme spécialisé

sous la forme d'une autorité administrative indépendante : le Conseil de la concurrence. À cette fin, cette autorité a été dotée de pouvoirs d'instruction et de décision, assortis en cas d'interdiction, de sanctions, dans le domaine des pratiques « de nature à porter atteinte à la concurrence ». Pour remplir ses fonctions, cette autorité était composée de magistrats, de spécialistes de questions de la concurrence ainsi que de professionnels, tandis que ses pouvoirs d'enquête et de décision étaient mis en œuvre par des procédures voulues « pleinement contradictoires ». Enfin, le fonctionnement des marchés touchant de près l'organisation économique générale dans laquelle les considérations de politique économique ne sont pas absentes, le ministre chargé de l'Économie était investi de prérogatives particulières durant la procédure et d'un droit de recours contre les décisions de l'autorité.

71 - Si, depuis 1986, les principes de base n'ont pas varié, le modèle initial a subi de nombreuses transformations. D'une part, sous l'influence des droits fondamentaux applicables à la punition administrative, des réformes de procédure et de structure ont été imposées en ce qui concerne la séparation des services d'instruction et des instances de décision, d'autre part, sur le plan procédural, les garanties de la défense applicables aux procédures d'enquête ont été renforcées, tandis qu'ont été conférés à l'autorité de nouveaux pouvoirs dans le cadre des procédures négociées et en matière de concentration. Si dans l'ensemble, ces évolutions étaient souhaitées par les acteurs économiques et les praticiens, certaines dispositions relatives à l'organisation de l'Autorité de la concurrence, à ses attributions, à son indépendance, à ses relations avec les autorités sectorielles de régulation et aux recours dont ses décisions peuvent faire l'objet prêtent encore à discussion.

(a) Organisation de l'Autorité de la concurrence

(i) Composition

72 - Certaines questions se rapportent à la composition de l'Autorité de la concurrence qui a peu varié depuis 1986. Elle comprend des membres qui exercent leurs fonctions à plein temps : le président et les quatre vice-présidents, tandis que les douze autres membres ne participent

qu'aux séances (articles L. 461-1 et L. 461-2 du Code de commerce). Certains contributeurs observent que l'application du droit de la concurrence étant devenue très complexe, il devrait être envisagé de réduire le nombre des membres tout en prévoyant une participation à plein temps aux activités de l'Autorité. Après réflexion, il a semblé au groupe que, si la participation de professionnels non permanents à ses travaux apportait des informations intéressantes sur la vie économique en général et sur le fonctionnement des marchés, le volume et la technicité des dossiers sont, pour ces personnalités, incompatibles avec l'exercice à titre principal d'une activité professionnelle. En outre, les dispositions de l'article L. 461-2 du Code de commerce résultant de la loi du 4 août 2008, qui imposent à tout membre de l'Autorité d'informer le président des intérêts qu'il détient ou vient à acquérir et des fonctions qu'il exerce dans une activité économique et qui l'empêchent de délibérer dans une affaire où il a un intérêt, sont difficilement conciliables avec un engagement entrepreneurial. De telles précautions pourraient d'ailleurs être renforcées lors de l'adoption de la proposition de directive visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur (dite ECN +) qui imposerait aux États membres de veiller à ce que « les membres du personnel et de l'organe décisionnel des autorités nationales de concurrence administratives s'abstiennent de toute action incompatible avec l'exécution de leurs fonctions et l'exercice de leurs pouvoirs en vue de l'application des articles 101 et 102 du TFUE ».

Il peut être tentant de proposer de réduire le nombre des membres de l'Autorité tout en prévoyant qu'ils se consacrent à plein temps à leurs fonctions, comme cela est le cas pour la plupart des autorités des autres États membres. Cela étant, ces autorités intégrées ne sont pas assujetties comme l'Autorité à une application stricte du principe de séparation des fonctions. Un collège limité à quatre ou cinq membres serait très vite paralysé et ne pourrait plus fonctionner.

73 - Il faut donc s'orienter vers une autre solution permettant d'avoir un collège suffisamment important pour répondre aux exigences de la séparation des fonctions tout en respectant les règles d'incompatibilités. À titre d'exemple, pour les universitaires, l'on pourrait envisager de prévoir des

statuts de biappartenants comme pour les disciplines médicales et paramédicales : moitié du service à l'université, moitié du service dans une institution publique, avec en contrepartie l'interdiction pour ces derniers d'exercer la profession d'avocat, de conseil économique ou lobbyiste.

Proposition n° 1 : Réduire le nombre des membres de l'Autorité de la concurrence, mais prévoir que tous exercent leurs fonctions à plein temps et sont soumis aux règles d'incompatibilité prévues pour les emplois publics.

*(ii) Séparation des services d'instruction
du collège de décision*

74 - Depuis la création du Conseil de la concurrence, des critiques récurrentes portaient sur l'insuffisante séparation fonctionnelle et organique entre le collège de décision et les services d'instruction. La discussion s'est cristallisée sur la présence aux délibérations du collège du rapporteur général et du rapporteur, chargés de l'instruction des procédures. Cette disposition ayant été jugée incompatible avec l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, l'organisation de l'Autorité a été revue en 2008 non seulement pour écarter les rapporteurs du délibéré du collège, mais encore pour conférer une indépendance aux services d'instruction, placés sous l'autorité du rapporteur général, à l'égard des formations de l'Autorité compétentes pour prononcer les sanctions présidées par le président (articles L. 461-4, R. 461-2 à R. 461-5 du Code de commerce). En dépit de critiques persistantes qui estiment cette ségrégation insuffisante, il n'a toutefois pas été jugé nécessaire de revenir sur cette organisation, étant observé que, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la répartition actuelle des pouvoirs au sein de l'Autorité ne méconnaît pas les principes d'indépendance et d'impartialité indissociables de l'exercice d'un pouvoir de sanction. De la même manière et pour les mêmes raisons, il n'a pas semblé nécessaire de revenir sur la faculté conférée au rapporteur général de saisir d'office l'Autorité (voir décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012).

(iii) Service économique

75 - En revanche, il a semblé que des aménagements devaient être apportés à certains services de l'Autorité. En premier lieu, de nombreuses observations ont été formulées en ce qui concerne la position de son service économique. Créé en 2006, ce service, aujourd'hui composé d'un chef économiste et de sept économistes, est rattaché au service de l'instruction. De manière unanime, les membres du groupe de travail estiment qu'en l'état, cette organisation ne permet pas de prendre suffisamment en compte la dimension économique des dossiers au stade de la décision (*cf. supra* n° 41). Après de longues discussions, il est proposé de renforcer la présence et la qualification de ces économistes, de les répartir en deux services, l'un situé auprès du rapporteur général, l'autre près du collège, et de leur donner des pouvoirs et une influence accrues, tant en ce qui concerne l'instruction des dossiers, la relation avec les économistes des autorités administratives ou de régulation impliquées, que la motivation des décisions. Il est enfin suggéré de recruter des spécialistes de la gestion des entreprises pour l'examen des dossiers de concentration ou de renforcer substantiellement la qualification des rapporteurs en ce domaine.

Proposition n° 2 : Revoir l'organisation des services économiques de l'Autorité de la concurrence :

- ***en divisant le service économique placé au sein du service de l'instruction pour nommer un conseiller économique auprès du collège ;***
- ***en renforçant la qualification des économistes notamment dans le domaine de la gestion des entreprises ;***
- ***en accroissant leur rôle en matière d'instruction ;***
- ***en favorisant les relations entre les services économiques de l'Autorité de la concurrence et ceux des administrations ou des autorités de régulation sectorielles.***

(iv) Service juridique

76 - Il a également semblé que l'organisation et le rôle du service juridique pourraient être réexaminés. Placé auprès du président, ce service n'intervient qu'au stade de la décision, alors qu'il pourrait utilement être consulté par les rapporteurs avant la notification des griefs et l'établissement du rapport afin de renforcer la sécurité juridique de ces actes de procédure. Pour respecter l'exigence de séparation entre les autorités d'instruction et de décision, il a semblé préférable que les conseillers juridiques soient répartis entre deux services distincts, l'un auprès du rapporteur général, l'autre auprès du collège.

Proposition n° 3 : Créer un service juridique auprès du rapporteur général ayant mission de donner des avis sur la notification des griefs et l'établissement du rapport.

(v) Services d'instruction

77 - S'agissant des services d'instruction, il est suggéré, pour répondre aux questions spécifiques posées par les marchés issus de la révolution numérique, concernés par de nombreuses saisines, de doter ces services d'ingénieurs et d'informaticiens formés aux technologies numériques.

78 - D'une manière générale, il a semblé souhaitable d'améliorer la qualification des rapporteurs par un dispositif de formation continue destiné à renforcer leurs aptitudes soit en économie, soit en droit de la concurrence et améliorer leurs connaissances des technologies numériques. Il est également suggéré d'élever spécifiquement leur qualification en matière de contrôle des concentrations.

Il a, en effet, été constaté que, du fait des perspectives limitées de carrière au sein de l'Autorité, les rapporteurs étaient souvent des jeunes professionnels, qui, quels que soient par ailleurs leurs compétences intellectuelles et leur très bon niveau de formation, manquaient d'expérience et de connaissance de la vie des entreprises.

Proposition n° 4 : Renforcer les services de l’instruction par le recrutement d’ingénieurs et d’informaticiens formés aux technologies numériques.

Proposition n° 5 : Renforcer la qualification des rapporteurs en matière de droit et d’économie de la concurrence, notamment dans les domaines relatifs aux concentrations d’entreprises. Leur proposer des formations spécifiques leur permettant d’appréhender les problèmes de concurrence posés par la révolution numérique.

(vi) Conseiller auditeur

79 - Créé par la loi de modernisation de l’économie du 4 août 2008, le conseiller auditeur a été voulu, à l’instar de ce qui existe depuis 1982 devant la Commission européenne, comme un médiateur procédural disponible pour aider les entreprises mises en cause ou saisissantes à prévenir ou à désamorcer d’éventuelles difficultés liées au déroulement de la phase contradictoire de l’examen des pratiques anticoncurrentielles. De l’avis unanime, l’expérience n’est pas concluante. Cette situation provient de l’étroitesse des pouvoirs de ce conseiller auditeur : sa mission est consultative et son domaine d’action est étroitement défini puisqu’il n’intervient que lorsque des griefs ont été notifiés, ce qui l’écarte d’une partie importante de la procédure contradictoire : engagements, propositions de non-lieu, mesures conservatoires, rapports de suivi d’injonctions ou d’engagements, etc. alors que son intervention dans ces différentes phases pourrait être utile aux parties et contribuer à régler des conflits. Il conviendrait par conséquent de modifier en ce sens les dispositions de l’alinéa 4 de l’article L. 461-4 et de l’alinéa 3 de l’article R. 461-9 du Code de commerce. En revanche, il n’a pas semblé opportun de conférer au conseiller auditeur un pouvoir de décision, qui aurait nécessairement dû être accompagné d’un système de recours compliquant et allongeant les procédures.

Dans cette optique, l’intervention du conseiller auditeur, en tant que tiers indépendant pour garantir le bon déroulement de la procédure dite des

scellés provisoires destinée à garantir la confidentialité des échanges avec les avocats, a également été évoquée.

Proposition n° 6 : Prévoir la possibilité d'intervention du conseiller auditeur dès l'ouverture et dans toutes les phases de la procédure.

(vii) Commissaire du Gouvernement

80 - Investi de prérogatives importantes dans l'ordonnance de 1986, le commissaire du Gouvernement a vu son rôle évoluer d'une fonction de poursuite vers celui d'« avocat de la concurrence » puisque les saisines du ministre chargé de l'Économie, majoritaires dans les premières années de mise en œuvre de l'ordonnance de 1986, sont devenues plus rares. En prenant en compte cette transformation de la fonction de représentant du ministre chargé de l'Économie devant l'Autorité, il est proposé de renforcer son rôle en rendant publiques ses observations écrites, en l'incitant à y prendre en compte l'incidence du droit de la concurrence dans les autres politiques publiques et en imposant à l'Autorité d'y répondre dans sa décision. Ce renforcement pourrait être consacré par un compte rendu spécifique de son activité à intégrer dans le rapport annuel de l'Autorité prévu par l'article L. 461-5, alinéa 3, du Code de commerce ainsi que dans le rapport annuel de la DGCCRF.

Proposition n° 7 : Intégrer dans les rapports publics annuels de l'Autorité de la concurrence et de la DGCCRF un compte rendu de l'activité du commissaire du Gouvernement.

(b) Attributions de l'Autorité de la concurrence

81 - En elles-mêmes, les attributions conférées à l'Autorité de la concurrence dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles ne provoquent guère de réserve. C'est le cas de son pouvoir de négociation prévu au paragraphe III de l'article L. 464-2 du Code de commerce, bien que soient suggérées de substantielles corrections des procédures de négociation. De la même manière, le transfert en 2008, à l'Autorité de la concurrence du contrôle des concentrations prévu aux articles L. 430-1 à L. 430-10 du

Code de commerce, que l'ordonnance de 1986 avait maintenu dans les missions du ministre chargé de l'Économie, est apprécié comme une réforme nécessaire même si, sur ce point également, des aménagements de la procédure s'imposent.

(i) Compétences consultatives

82 - Les diverses compétences consultatives de l'Autorité de la concurrence étaient essentielles pour les concepteurs de l'ordonnance de 1986 qui entendaient faire du Conseil de la concurrence, dans son domaine de compétence, un modèle de « conscience des pouvoirs publics ». La discussion sur les compétences d'avis de l'Autorité s'est toutefois engagée sur deux points : d'une part, situer à un niveau supérieur et plus global dans les institutions la définition d'une politique nationale de concurrence, d'autre part, régler les questions d'impartialité qui peuvent se poser lorsque l'avis de l'Autorité est suivi de l'ouverture d'une procédure de sanction.

83 - Dès le début de ses travaux, notre groupe a constaté que l'ambition de la réforme de 1986 de changer l'économie par la libre concurrence ne s'était pas traduite par la promotion d'une politique de la concurrence clairement affirmée. L'examen de l'évolution législative des trente dernières années montre, au contraire, que le monde politique reste peu sensible aux questions de concurrence, que les structures institutionnelles ne permettent pas une combinaison suffisante entre la mise en œuvre du droit de la concurrence et les politiques publiques, que les données et recherches sur les liens entre l'efficacité du droit de la concurrence et les résultats macroéconomiques manquent, que la perception du droit de la concurrence par les consommateurs reste ambiguë, que la relation entre le droit et l'économie de la concurrence était d'autant plus difficile à établir que la libéralisation des marchés s'accompagne généralement d'une réglementation plus dense, et enfin que la libéralisation et l'ouverture à la concurrence de certains secteurs se sont faites sans plan systématique permettant d'organiser sur des bases saines la concurrence entre les anciens monopoles et les nouveaux entrants.

84 - Pour remédier à ces déficits politiques et culturels, il a été suggéré de créer, au niveau supérieur de l'État, comme cela existe dans certains systèmes étrangers, en Australie par exemple, une instance chargée d'examiner les questions de concurrence en général, dans une perspective qui intègre l'ensemble de la législation et les autres politiques publiques et dont la composition combine des compétences juridiques et techniques spécialisées de haut niveau et des représentants politiques. Dans cette hypothèse, le transfert en tout ou partie des compétences consultatives générales de l'Autorité à cette instance distincte a été envisagé. Aux mêmes fins, une autre solution consistant à créer au sein de l'Autorité un « conseil » dont la mission serait spécifiquement d'exercer ces compétences consultatives a été suggérée. Ni l'une ni l'autre de ces propositions n'ont réuni un consensus, certains insistant sur l'inopportunité de séparer l'advocacy des autres missions de l'Autorité, d'autres sur la difficulté d'opérer une division entre les diverses compétences consultatives (articles L. 410-2, L. 462-2, L. 444-7, L. 462-4-1, L. 444-1, L. 444-3 et L. 462-2-1 du Code de commerce), d'autres encore sur la complexité du dédoublement des instances. Le groupe s'est finalement abstenu de toute proposition sur ce point.

85 - A également été soulevé le risque de mise en cause de l'impartialité de l'Autorité lorsque, comme cela s'est produit à plusieurs reprises, elle prend l'initiative de donner un avis sur l'état de la concurrence dans un secteur économique en application de l'article L. 462-4-1 du Code de commerce et que cet avis est suivi d'une saisine portant sur des pratiques commises dans le même secteur, éventuellement même, sur proposition de son rapporteur général en application de l'article L. 462-5, III du Code de commerce. Diverses propositions de modifications des textes ont été envisagées, dont aucune n'a été adoptée, les uns soulignant les difficultés que pose, au regard de l'impartialité et des principes du procès équitable, l'enchaînement de la compétence d'avis et des pouvoirs, d'autres estimant au contraire que les deux missions sont complémentaires sans poser de difficultés de principe.

(ii) Consultation par les juridictions

86 - La possibilité donnée aux juridictions de consulter l'Autorité de la concurrence et la faculté ouverte à celle-ci de transmettre aux juridictions les éléments qu'elle détient dans le cadre d'actions judiciaires fondées sur des pratiques anticoncurrentielles (article L. 462-3 du Code de commerce) est un facteur important renforçant leur aptitude à juger les litiges privés du droit de la concurrence. Cette possibilité n'est toutefois que rarement mise en œuvre, notamment en raison des longs délais de réponse de l'Autorité et du fait que celle-ci est réticente à répondre à de telles demandes d'avis, en dépit du fait qu'elle est mieux armée que les juridictions civiles pour apprécier la dimension économique des enjeux compte tenu de ses ressources en économistes. L'accroissement attendu du nombre des actions en réparation dans le cadre de la mise en œuvre de la « directive dommage » incite à recommander de lever les obstacles, notamment de délai, à l'usage de ces mécanismes de coopération.

Proposition n° 8 : Accélérer le traitement des demandes d'avis des juridictions à l'Autorité de la concurrence sur les pratiques anticoncurrentielles invoquées dans les affaires dont elles sont saisies.

(iii) Compétences consultatives pour les professions juridiques réglementées

87 - La loi du 6 août 2015 a sensiblement accru les compétences consultatives de l'Autorité de la concurrence pour sept professions juridiques réglementées (commissaires-priseurs judiciaires, greffiers des tribunaux de commerce, huissiers de justice, administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires, notaires, avocats en certaines matières).

Ses nouvelles compétences concernent d'abord les tarifs. L'Autorité de la concurrence est saisie du projet de décret en Conseil d'État fixant la méthodologie tarifaire de calcul des prix des prestations de sept professions juridiques réglementées (article L. 444-7 du Code de commerce). Elle est également consultée pour avis sur les arrêtés conjoints des ministres de la justice et de l'économie (articles L. 444-1, L. 444-3 et L. 462-2-1)

fixant les tarifs des prestations de ces professions juridiques et peut rendre un avis sur ces tarifs de sa propre initiative (L. 462-2-1).

Ses compétences portent ensuite sur les conditions d'accès à certaines de ces professions. L'Autorité fait, en effet, une proposition de cartographie des offices notariaux, des huissiers de justice et des commissaires-priseurs judiciaires aux ministres de la justice et de l'économie qui l'établissent (L. 462-4-1 et I de l'article 52 de la loi du 6 août 2015 n° 2015-990). La carte est révisée dans les mêmes conditions tous les deux ans. L'Autorité fait, au moins tous les deux ans, toute recommandation en vue d'améliorer l'accès aux offices (L. 462-4-1). Dans le même ordre d'idées, l'Autorité rend au ministre de la justice un avis sur la liberté d'installation des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation (L. 462-2-2 du Code de commerce).

Cette réforme a entraîné une modification dans l'organisation des services de l'Autorité. Un service dédié spécialement aux professions réglementées a été créé. Par ailleurs, des modifications à la composition du collège peuvent être rendues nécessaires dans certains cas pour permettre la représentation de ces professions réglementées.

Par le biais de cette réforme, l'Autorité a été investie de fonctions régulatrices dans un secteur spécifique. C'est une particularité sur le bien-fondé duquel l'on peut s'interroger. Le renforcement des moyens dont a bénéficié l'Autorité à l'occasion de cette réforme aurait certainement pu être orienté vers d'autres tâches.

Proposition n° 9 : Supprimer les articles L. 444-7, L. 462-2-1 et L. 462-4-1 du Code de commerce.

(c) Indépendance de l'Autorité de la concurrence

88 - Toutes les organisations internationales qui s'intéressent à la mise en œuvre du droit de la concurrence dans le monde soulignent la nécessité de l'indépendance de l'autorité qui en assure la régulation concurrentielle. Tel est également le cas de la proposition de directive ECN + précitée (article 4). Dans le cadre des travaux du groupe, l'indépendance de l'Autorité de la concurrence a été discutée à deux points de vue, d'une part, le processus de nomination de ses membres, d'autre part, son régime budgétaire.

89 - En l'état actuel, les dix-sept membres de l'Autorité de la concurrence sont nommés par décret pris sur rapport du ministre chargé de l'Économie (article L. 461-1, alinéa 2, du Code de commerce). Le président est nommé par décret du président de la République, en raison de ses compétences dans le domaine juridique et économique (alinéa 2). Depuis l'origine, il est systématiquement choisi parmi les membres du Conseil d'État. En outre, depuis la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, le président de l'Autorité de la concurrence figure parmi les emplois auxquels il est pourvu, selon la procédure prévue par l'alinéa 5 de l'article 13 de la Constitution, après avis public de la Commission permanente compétente de chaque assemblée ; le président de la République ne pouvant procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque Commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions. La transparence de ce processus de nomination serait renforcée s'il était précédé d'une phase de sélection des candidats confiée à une commission composée d'autorités reconnues en droit de la concurrence, comme cela a été récemment le cas pour la nomination du président de l'Autorité des marchés financiers. Cette procédure préalable de sélection pourrait être étendue à l'ensemble des membres de l'Autorité. Une telle précaution s'inscrirait dans les préconisations de l'article 4 de la proposition de directive ECN + précitée qui impose aux États membres de l'Union de veiller à ce que « les membres du personnel et de l'organe décisionnel des autorités nationales de concurrence administratives puissent s'acquitter de leurs fonctions et exercer leurs pouvoirs en vue de l'application des articles 101 et 102 du TFUE en toute indépendance à l'égard de toute influence extérieure, politique ou autre ».

90 - L'indépendance de l'Autorité de la concurrence nécessite également de lui fournir les moyens matériels et humains suffisants pour mener à bien ses missions, sans qu'elle soit financièrement tributaire du Gouvernement. C'est ce que préconise l'article 5 de la proposition de directive ECN + précitée qui impose aux États membres de veiller à ce que les autorités nationales de concurrence disposent des ressources humaines, financières et techniques nécessaires à l'exécution effective de leurs fonctions et à l'exercice effectif de leurs pouvoirs en vue de l'application des articles 101 et 102 du TFUE. Le rattachement du budget de l'Autorité de la concurrence à un programme du ministère des finances ne permet assurément pas de lui conférer une autonomie budgétaire propre à garantir son indépendance. En outre, comme le montrent les travaux parlementaires relatifs aux derniers projets de loi de finance, cette situation ne permet pas de doter l'Autorité des ressources suffisantes pour lui permettre un exercice effectif de ses missions. Cette carence budgétaire est la cause des retards de traitement dans les dossiers incompatibles avec la mise en œuvre utile d'une politique de concurrence.

Proposition n° 10 : Renforcer l'autonomie budgétaire de l'Autorité de la concurrence.

(d) Les relations entre l'Autorité de la concurrence et les autorités de régulation sectorielles

91 - Depuis l'origine, le décret fixant la procédure applicable devant l'Autorité en matière de pratiques anticoncurrentielles prévoit que le rapporteur général communique aux autorités de régulation toutes les saisines relatives à des secteurs entrant dans leur champ de compétence afin qu'elles puissent faire part de leurs observations éventuelles. Selon les dispositions actuelles (article R. 463-9-V du Code de commerce et annexe 4-6 à la partie réglementaire du livre IV dudit Code), ces autorités sont : l'Autorité des marchés financiers, la Commission nationale de l'informatique et des libertés, le Médiateur du cinéma, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, le Conseil supérieur de l'audiovisuel, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes et la Commission de régulation de l'électricité. De leur côté, ces autorités

sectorielles ont la possibilité de saisir l’Autorité pour avis sur des questions de concurrence. Ces relations croisées sont d’une grande importance pour l’application uniforme du droit de la concurrence dans tous les secteurs régulés. De manière unanime, il a été suggéré de maintenir, de renforcer et d’étendre cette coopération, d’une part en généralisant les autorités et les administrations consultables par l’Autorité ou admises à la saisir, d’autre part en renforçant les mécanismes de consultation.

92 - Le groupe s’est, par ailleurs, interrogé sur la nécessité de prévoir une autorité de régulation dans le secteur de l’économie collaborative. Estimant qu’il n’est pas souhaitable de confier à une autorité spécialisée l’application du droit de la concurrence dans ce secteur économique, il a écarté cette idée.

Proposition n° 11 : Généraliser les autorités de régulation sectorielles et les administrations consultables par l’Autorité de la concurrence ou habilitées à la saisir pour avis et renforcer les procédures de consultation.

1.2 Les recours contre les décisions de l’Autorité de la concurrence

(a) Répartition des recours

93 - On sait que la volonté des rédacteurs du projet de l’ordonnance de 1986 et l’intention du législateur de 1987 de réunir au sein de l’autorité judiciaire l’ensemble des contentieux d’application du droit de la concurrence ont été contrariées par l’action conjuguée du Conseil d’État, du Conseil constitutionnel et du Tribunal des conflits, de sorte que s’est constitué un contentieux administratif parallèle du droit de la concurrence, auquel se sont ajoutés, à partir de 2008, les recours devant le Conseil d’État contre les décisions de l’Autorité de la concurrence en matière de concentration, puis les recours contre les actes dits « de droit souple » émis par cette Autorité, enfin, selon la jurisprudence du Tribunal des conflits, les actions en réparation des dommages causés à l’autorité publique par des pratiques anticoncurrentielles. Il en résulte une confusion dans la répartition des compétences entre les juridictions judiciaires et administratives auquel il serait urgent de mettre fin.

94 - Il n'est néanmoins pas proposé de revenir sur la répartition des recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence prises, d'une part, en matière de pratiques anticoncurrentielles, portés devant la Cour d'appel de Paris, d'autre part, en matière de contrôle des concentrations, portés devant le Conseil d'État. Même s'il s'agit dans l'un et l'autre cas d'appliquer des concepts du droit de la concurrence qui mériteraient une interprétation uniforme, les deux domaines contentieux sont distincts et ne présentent aucun chevauchement. Il pourrait en aller différemment si était acceptée la proposition de constituer entre le Conseil d'État et la Cour de cassation, une chambre mixte compétente en matière de concurrence (voir proposition n° 21).

95 - N'est pas davantage remise en cause la règle imposée par les décisions du Tribunal des conflits selon laquelle sont soustraits au champ d'application du droit des pratiques anticoncurrentielles les actes de gestion du domaine public ou les décisions prises par des personnes publiques ou privées dans le cadre de la mission de service public et relevant de l'exercice d'une prérogative de puissance publique. Même si cette jurisprudence conduit au résultat paradoxal que, selon la nature de l'acte qui la met en œuvre, une pratique anticoncurrentielle peut échapper à toute sanction, la jurisprudence précisant la portée de cette exception, qui maintient sous la répression des actes détachables de l'exercice des prérogatives de puissance publique, semble aujourd'hui stabilisée.

96 - Plus discutable au regard de la répartition des compétences est la règle récemment posée par le Conseil d'État selon laquelle, dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles, tout recours qui n'est pas spécifiquement attribué à la Cour d'appel de Paris par une disposition expresse est de la compétence du Conseil d'État. Tel est, par exemple, le cas du recours pour excès de pouvoir, créé par la jurisprudence récente du Conseil d'État, contre les actes « qui revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance [...] lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent » (voir arrêt d'Assemblée n° 390023 du 21 mars 2016). Une

telle jurisprudence, qui revient à donner une compétence au Conseil d'État dans un domaine réservé par la loi aux juridictions judiciaires, est source de confusion puisqu'elle confère à la juridiction administrative un pouvoir d'interprétation sur des textes appliqués par les juridictions judiciaires sous le contrôle de la Cour de cassation. Quelle que soit l'appréciation que l'on puisse avoir sur la construction d'un recours pour excès de pouvoir sur les actes de « droit souple », pour mettre fin au désordre normatif créé par cette jurisprudence, il est proposé de faire préciser par la loi que, quelle qu'en soit la nature, tous les recours formés contre des décisions ou des actes pris par l'Autorité de la concurrence pour la mise en œuvre des articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1, L. 420-2-2 et L. 420-5 ainsi que des articles 101 et 102 du TFUE, sont de la compétence de la Cour d'appel de Paris. Ce qui permettrait de revenir à une conception de la notion de bloc de compétences conforme à la jurisprudence du Tribunal des conflits (voir par exemple Tribunal des conflits, du 22 juin 1992, 02671).

Proposition n° 12 : *Faire préciser par la loi que, quelle qu'en soit la nature, tous les recours formés contre des décisions ou des actes pris par l'Autorité de la concurrence pour la mise en œuvre des articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1, L. 420-2-2 et L. 420-5 ainsi que des articles 101 et 102 du TFUE sont de la compétence de la Cour d'appel de Paris.*

(b) Moyens de la Cour d'appel de Paris

97 - Depuis la mise en œuvre de l'ordonnance de 1986, se pose la question des moyens matériels et humains conférés à la Cour d'appel de Paris pour assurer cette nouvelle mission juridictionnelle. Faut-il rappeler que l'attribution de cette compétence nationale ne s'est accompagnée d'aucun renfort en personnel et que ce fut encore le cas lors de l'attribution successive des recours formés contre les décisions d'autres autorités administratives indépendantes engendrant pourtant un contentieux lourd et techniquement compliqué ? De cet accroissement de charges non compensé, il est résulté que le principe initialement imposé par le premier président de la Cour d'appel, selon lequel ces recours devaient être jugés dans un délai inférieur à six mois, n'a pu être tenu à partir de

la fin des années 1990, de sorte que l'allongement des délais de recours, ajoutés à ceux du traitement des dossiers par l'Autorité, est devenu excessif.

98 - En outre, la complexité économique des dossiers exige désormais que la compétence technique de la formation spécialisée de la Cour d'appel de Paris amorcée en 2015 soit renforcée. En premier lieu, il conviendrait de prévoir un mécanisme spécifique de sélection des magistrats affectés à cette formation. En deuxième lieu, pourrait être créé un corps de conseillers à la Cour d'appel en service extraordinaire permettant le recrutement de personnes spécialement formées au droit de la concurrence, issues de la pratique, des autorités ou administration spécialisées, des tribunaux de commerce ou de l'université. En troisième lieu, cette formation devrait être dotée d'assistants spécialisés de haut niveau technique, apportant une aide indispensable pour l'étude des dossiers.

99 - Enfin, pour ces juges et ces assistants spécialisés, devrait être mise en place une formation de haut niveau leur permettant de perfectionner et d'actualiser les connaissances juridiques et techniques nécessaires au traitement de ces contentieux. Certes, des programmes de formation existent en France, mais ils sont encore insuffisants et mériteraient d'être développés. Ainsi, tous les juges qui ont à connaître du droit de la concurrence n'ont pas eu obligatoirement une formation à ce type de contentieux comportant un volet conceptuel (pour assimiler un certain nombre de notions économiques sous-jacentes au droit de la concurrence telles que le surplus du consommateur, le coût d'opportunité et en quoi il est différent du coût comptable, la notion de barrières à l'entrée, etc.), un volet analytique (pour que les magistrats puissent explorer les contours du raisonnement hypothético-déductif traditionnel chez les économistes, les applications de ce raisonnement aux différents domaines du droit de la concurrence et les conditions dans lesquelles cette méthode de preuve indirecte est compatible avec le standard de preuve juridique applicable en matière de droit de la concurrence) et un volet de techniques quantitatives (permettant aux juges de pouvoir se familiariser avec les méthodes de mesures statistiques et économétriques utilisées par les économistes et les limites possibles de ces instruments).

Suivre une telle formation devrait constituer un prérequis pour les juges de concurrence. Qui plus est, il devrait s'accompagner à intervalles

réguliers d'un complément au cours duquel les magistrats ayant suivi la formation initiale et ayant rendu des jugements en matière de concurrence pourraient analyser les enjeux conceptuels, analytiques et techniques présentés par les affaires ayant donné lieu à ces jugements. Si des éléments d'un tel programme sont actuellement dispensés en France, aucun programme n'est à notre connaissance obligatoire et exhaustif sur les différentes dimensions susmentionnées et aucun ne prévoit un suivi des juges ayant subi la formation d'origine du type de celui suggéré.

L'existence, à cet égard, d'un centre permettant aux magistrats d'avoir accès à des supports méthodologiques spécialement conçus pour eux dans de nombreuses disciplines (économie, statistique, psychologie, médecine, etc.) serait pour eux un atout précieux. Un tel centre existe d'ailleurs aux États-Unis sous l'égide du Département de la justice américain. Le *Judicial Center* du Département de la justice mobilise ainsi les spécialistes universitaires les plus renommés pour présenter de façon accessible aux non-spécialistes que sont les juges les enjeux méthodologiques les plus importants dans leur domaine. Ces documents mis à la disposition des juges sur un site dédié du ministère de la Justice contribuent à une formation permanente et répondent à la demande des juges. Le développement d'une telle initiative en France par le ministère de la Justice serait assurément de nature à faciliter l'œuvre des juges chargés de la concurrence comme dans d'autres contentieux à forte technicité.

100 - La reconnaissance des aptitudes nécessaires au traitement du contentieux de la concurrence devrait en outre être reconnue par la création d'une filière de spécialisation favorisant la progression des magistrats des juridictions du premier degré qui se sont donné les moyens de l'acquérir, vers les formations spécialisées de la Cour d'appel de Paris puis de la Cour de cassation.

101 - Au surplus, les mécanismes statutaires permettant les transferts réciproques, entre les juridictions judiciaires et administratives, par voie de détachement de magistrats relevant de l'un ou l'autre de ces ordres de juridictions ou provenant du corps des enseignants-chercheurs pourraient être utilement activés et renforcés au service des juridictions faisant application du droit de la concurrence.

102 - Afin de rationaliser les moyens ainsi déployés et de soumettre l'ensemble du contentieux de la concurrence à des juridictions qualifiées, le traitement de tous les recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence et des appels en matière de concurrence émanant des juridictions civiles ou pénales devraient être réunis au sein de cette formation. Une telle concentration de ce contentieux au sein de la Cour d'appel de Paris supposerait que cette chambre soit composée de juges, d'assistants et de personnels de greffe en nombre suffisant et organisée en plusieurs formations de jugement.

103 - Des mécanismes de sélection, de formation et d'affectation identiques seraient également à prévoir pour les magistrats du parquet.

104 - Enfin, pour assurer une interprétation uniforme du droit de la concurrence et régler les irritants conflits de compétence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation, pourrait être créée entre ces deux hautes juridictions une chambre spécialisée pour le droit de la concurrence, paritairement composée de membres du Conseil d'État et de membres de la Cour de cassation, compétente pour juger de tous les recours contre les décisions émanant de la Cour d'appel de Paris et des juridictions administratives et des recours pour excès de pouvoir contre les textes relevant de ce domaine juridique. La réunion au sein d'une même formation de membres des hautes juridictions judiciaire et administrative aurait en outre le mérite de favoriser une synthèse entre les approches publicistes et privatistes du droit de la concurrence. Si, en termes d'organisation juridictionnelle, la réalisation d'une formation de jugement commune entre le Conseil d'État et la Cour de cassation peut sembler innovante, l'enjeu considérable pour la modernisation de notre ordre juridique justifierait un effort d'imagination institutionnelle.

Proposition n° 13 : Renforcer les moyens matériels et humains affectés à la chambre spécialisée en matière de concurrence de la Cour d'appel de Paris.

Proposition n° 14 : *Instituer un mécanisme de sélection pour les conseillers affectés à la chambre spécialisée de la Cour d'appel de Paris.*

Proposition n° 15 : *Créer un corps de conseillers à la Cour d'appel en service extraordinaire permettant de recruter pour cette chambre des professionnels ou des enseignants chercheurs spécialisés en droit et économie de la concurrence.*

Proposition n° 16 : *Doter les formations spécialisées de la Cour d'appel de Paris d'assistants de justice de haut niveau formés au droit et à l'économie de la concurrence.*

Proposition n° 17 : *Mettre en place pour les juges et assistants qui pratiquent le droit de la concurrence à tous les niveaux de juridictions des formations spécialisées obligatoires de haut niveau en droit et en économie de la concurrence couvrant la totalité du champ de l'interaction entre le droit et l'économie de la concurrence.*

Proposition n° 18 : *Prévoir pour les magistrats du ministère public les mêmes mécanismes de sélection, de formation et d'affectation.*

Proposition n° 19 : *Créer une filière de spécialisation pour les magistrats ayant acquis une formation et une expérience spécifiques en droit de la concurrence.*

Proposition n° 20 : *Renforcer les mécanismes qui permettent, notamment par voie de détachement, la circulation des magistrats judiciaires et administratifs ainsi que les enseignants-chercheurs au sein des juridictions chargées de l'application du droit de la concurrence.*

Proposition n° 21 : *Instaurer au niveau du Conseil d'État et de la Cour de cassation une chambre spécialisée en droit de la concurrence, paritairement composée de membres des deux hautes juridictions, compétente pour l'ensemble des recours en matière de concurrence.*

2. LE DISPOSITIF JURIDICTIONNEL DE L'ACTION PRIVÉE EN DROIT DE LA CONCURRENCE

105 - Affirmant le principe que le droit de la concurrence confère aux entreprises des droits qu'il leur appartient de mettre en œuvre dans les relations de droit privé, les concepteurs de l'ordonnance de 1986 en avaient concentré l'application au sein de l'autorité judiciaire en ménageant une large place aux juridictions civiles de droit commun pour juger des actions civiles en responsabilité fondées sur la violation du droit de la concurrence. Depuis lors, des évolutions significatives ont affecté les contentieux civils d'application de ces règles qui invitent à réexaminer ou à préciser le dispositif juridictionnel initial.

106 - Par des dispositions successives adoptées depuis 2001, la loi a progressivement concentré les contentieux dans lesquels sont invoquées les dispositions nationales et de l'Union européenne relatives aux pratiques anticoncurrentielles entre quelques tribunaux de grande instance et tribunaux de commerce (Paris, Lyon, Marseille, Bordeaux, Lille, Nancy, Rennes et Fort-de-France) et désigné la Cour d'appel de Paris comme juridiction unique d'appel (article L. 420-7 du Code de commerce). En 2008, la même concentration a été instituée pour les pratiques restrictives de concurrence prévues à l'article L. 442-6 du Code de commerce (article L. 442-6, III, alinéa 5). Ce sont ces mêmes juridictions qui sont chargées des actions en réparation en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles selon les règles de procédure instituées par l'ordonnance du 9 mars 2017 transcrivant la directive « dommage » du 26 novembre 2014. Il en résulte, pour les formations spécialisées de la Cour d'appel de Paris, un afflux d'appels qui nécessite

un renforcement indispensable pour lui permettre un traitement satisfaisant de ces affaires. Il conviendrait pour cela d'intégrer les formations qui jugent ces appels dans la chambre spécialisée en droit de la concurrence et de les faire bénéficier de mesures de sélection et formation des conseillers et de renfort en assistants prévues pour cette chambre (cf. supra n° 97 et suivants).

107 - Curieusement, les dispositions relatives à l'action de groupe en matière de consommation introduites par la loi du 17 mars 2014, qui confèrent aux associations de consommateurs le droit d'introduire des actions en réparation de préjudices sériels causés aux consommateurs et résultant de pratiques anticoncurrentielles (article L. 623-1 du Code de la consommation), n'ont pas prévu d'attribuer ces contentieux à ces mêmes juridictions spécialisées, tant au premier degré qu'en appel. Cette situation, qui permet d'introduire l'action devant n'importe quel tribunal de grande instance dès lors qu'il est celui du domicile du défendeur (le TGI de Paris étant compétent lorsque le défendeur demeure à l'étranger ou n'a ni domicile ni résidence connus) engendre de multiples inconvénients, notamment le risque d'absence de qualification de la juridiction saisie. Il conviendrait par conséquent de placer ces actions de groupe dans la compétence des juridictions spécialisées en première instance et de la chambre de la concurrence de la Cour d'appel de Paris.

108 - En outre, par des décisions récentes, le Tribunal des conflits a opéré une répartition des compétences entre les juridictions judiciaires et administratives pour les actions en réparation du préjudice causé par des pratiques anticoncurrentielles, en retenant la compétence des juridictions administratives lorsqu'est en cause « la responsabilité de personnes auxquelles sont imputés des comportements susceptibles d'avoir altéré les stipulations d'un contrat administratif, notamment ses clauses financières » ; ce qui vise, non seulement les personnes qui ont contracté avec la personne publique, mais aussi toutes les autres auxquelles sont imputés de tels comportements. Cette jurisprudence introduit une confusion regrettable dans le mécanisme de réparation des dommages concurrentiels exposant au risque de divergence d'interprétation des mêmes textes et de principe d'indemnisation, selon que les mêmes pratiques anticoncurrentielles se rapportent ou non à des marchés publics. Pour

mettre fin à cette incohérence, il convient donc de faire préciser par la loi que l'ensemble des actions en réparation des préjudices causés par des pratiques anticoncurrentielles relèvent de la compétence des juridictions judiciaires.

109 - Les dispositions de la « directive dommage » du 26 novembre 2014, transposées par l'ordonnance du 9 mars 2017, prévoient des mécanismes complexes, tant du point de vue juridique qu'économique, de quantification des préjudices causés par des pratiques anticoncurrentielles. La technicité de ce savoir-faire est amplement détaillée dans une longue communication de la Commission européenne du 13 juin 2013. La mise en œuvre de ces méthodes de quantification nécessite à l'évidence que le juge puisse recourir à des dispositifs d'expertise appropriés. Mais au-delà, il serait indispensable qu'elles disposent d'un groupe d'experts qualifiés constitué de microéconomistes spécialisés. Pour la sélection de ces experts, il conviendrait donc de créer des rubriques spécifiques dans les listes établies par la Cour de cassation et par les cours d'appel.

Proposition n° 22 : Actualiser la rédaction de l'article L. 420-7 du Code de commerce en remplaçant la référence aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne par la référence aux articles 101 et 102 du TFUE.

Proposition n° 23 : Déplacer l'article L. 420-7 pour le classer dans un titre dédié à la mise en œuvre du droit de la concurrence par les juridictions judiciaires.

Proposition n° 24 : Placer dans la compétence des chambres spécialisées de la Cour d'appel de Paris tous les appels formés contre les jugements rendus par les juridictions civiles et commerciales en application des dispositions des articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1, L. 420-2-2 et L. 420-5 du Code de commerce et des articles 101 et 102 du TFUE et faire bénéficier les formations de jugement chargées de ces contentieux des mêmes mesures de renforcement des moyens matériels et humains.

Proposition n° 25 : Placer dans la compétence des juridictions judiciaires toutes les actions en dommages et intérêts résultant de pratiques anticoncurrentielles même lorsqu'elles se rapportent à un contrat administratif.

Proposition n° 26 : Placer l'action de groupe en matière de consommation, prévue par l'article L. 623-1 du Code de la consommation, dans la compétence des juridictions civiles spécialisées au premier degré et dans celle de la chambre de la concurrence de la Cour d'appel de Paris.

Proposition n° 27 : Créer, dans la liste nationale des experts établie par la Cour de cassation et dans les listes établies par chaque cour d'appel, une rubrique consacrée aux experts spécialisées pour la quantification du montant des dommages et intérêts à accorder en réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle.

3. LE DISPOSITIF PÉNAL DE MISE EN ŒUVRE DU DROIT DE LA CONCURRENCE

110 - Depuis le XIX^e siècle, la sanction pénale fut la seule sanction du droit français de la concurrence. L'ordonnance de 1986 a dépénalisé le droit des pratiques anticoncurrentielles en maintenant toutefois une incrimination de portée limitée visant les personnes physiques ayant pris une part active à la réalisation d'une entente ou d'un abus de position dominante. Ce fut l'objet de l'article 11 de l'ordonnance, qui se retrouve en substance dans l'actuel article L. 420-6 du Code de commerce. Ce texte a été, on le sait, très peu appliqué et sa facture est très généralement critiquée. La question est aujourd'hui de savoir s'il faut faire évoluer notre droit de la concurrence vers une dépénalisation totale ou au contraire restaurer la sanction pénale à l'encontre des dirigeants d'entreprises qui se livrent à des pratiques anticoncurrentielles. À la suite d'un débat au sein de notre groupe, il a été finalement considéré que, quel que soit leur montant, les sanctions pécuniaires frappant les entreprises n'étaient pas d'une exemplarité suffisante pour dissuader les pratiques anticoncurrentielles si elles n'étaient pas accompagnées d'un dispositif pénal visant les responsables effectifs de ces entreprises. Comme c'est le cas actuellement, un tel dispositif serait à l'abri de l'application du principe « ne bis in idem » dans la mesure où les personnes visées par la poursuite et la sanction administrative (les entreprises), et celles passibles de sanctions pénales (les personnes physiques), ne sont pas les mêmes. La restauration de ce dispositif pénal supposerait toutefois, d'une part, un aménagement des textes d'incrimination, d'autre part, le renforcement du dispositif juridictionnel répressif du droit pénal de la concurrence.

111 - L'une des raisons de l'absence d'application de l'article L. 420-6 du Code de commerce tient à l'étroitesse des éléments constitutifs de l'infraction. Il conviendrait donc de les élargir, ne serait-ce qu'en supprimant des éléments constitutifs de l'infraction la condition de « part personnelle et déterminante à la conception, l'organisation ou la mise en œuvre d'une pratique anticoncurrentielle ». À elle seule, l'intention délictuelle, nécessaire pour la qualification d'un délit, serait en effet suffisante pour justifier des poursuites pénales à l'égard des dirigeants d'une entreprise qui mettent en œuvre de telles pratiques.

112 - Toutefois, rendre ainsi plus facile la répression pénale des pratiques anticoncurrentielles n'irait pas sans inconvénients. En effet, le champ matériel de l'article L. 420-6 du Code de commerce est bien plus large que celui des sanctions pénales rencontrées à l'étranger, par exemple aux États-Unis ou au Royaume-Uni, qui ne visent que les cartels, considérés comme suffisamment graves et suffisamment clairs dans leur définition pour justifier des peines de prison. Le champ matériel de l'article L. 420-6 du Code de commerce englobe l'ensemble des pratiques anticoncurrentielles, ce qui n'apparaît pas justifié par exemple pour les pratiques verticales, voire pour les abus de position dominante. Dans ces conditions, il est proposé de définir le champ d'application comme « la conception, l'organisation ou la mise en œuvre d'une entente horizontale entre entreprises concurrentes ».

113 - En toute hypothèse, il convient d'assortir la mise en œuvre de la répression pénale d'une procédure de clémence permettant une immunité totale de la personne poursuivie en cas de dénonciation sérieuse des faits constitutifs de l'infraction.

114 - Il ne semble pas nécessaire de revenir sur le double mécanisme de renvoi devant les juridictions pénales, soit par dénonciation de l'Autorité de la concurrence, soit à la seule initiative du parquet, qui ne présente aucun inconvénient. Mais la restauration de ce dispositif répressif devra nécessairement s'accompagner d'un renforcement des juridictions, d'une part, en centralisant la répression auprès des tribunaux de grande instance spécialisés et en donnant une formation appropriée aux magistrats chargés de la poursuite, de l'instruction et du jugement de ces affaires.

115 - Les raisons qui militent pour la concentration des contentieux civils dans des juridictions spécialisées en première instance et en appel sont également valables pour l'application pénale des pratiques anticoncurrentielles. Il convient donc de proposer que le jugement des poursuites engagées sur le fondement des mêmes textes soit confié aux mêmes juridictions dont la compétence réunirait l'application des dispositifs civil et pénal de mise en œuvre du droit de la concurrence.

Proposition n° 28 : Réduire le champ d'application de l'article L. 420-6 du Code de commerce aux cartels uniquement et supprimer des éléments constitutifs de l'infraction la condition de « part personnelle et déterminante à la conception, l'organisation ou la mise en œuvre d'une pratique anticoncurrentielle ».

Proposition n° 29 : Préciser que l'article L. 420-6 du Code de commerce sur les sanctions pénales s'applique également en cas de violation de l'article 101, § 1 TFUE.

Proposition n° 30 : Introduire une procédure de clémence permettant de conférer une immunité à la personne poursuivie qui dénonce sérieusement les faits incriminés.

Proposition n° 31 : Déplacer l'article L. 420-6 du Code de commerce dans un titre consacré à la mise en œuvre du droit de la concurrence par les juridictions judiciaires.

Proposition n° 32 : Confier le jugement des poursuites engagées sur le fondement des dispositions des articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1, L. 420-2-2 et L. 420-5 du Code de commerce et des articles 101 et 102 TFUE à la compétence des tribunaux de grande instance spécialisés en première instance pour le jugement des contentieux civils d'application des mêmes textes et à la chambre spécialisée de la Cour d'appel de Paris.

TROISIÈME PARTIE

Le droit substantiel de la concurrence et son application

1. LES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

1.1 Les règles de fond

116 - Les règles matérielles du droit des pratiques anticoncurrentielles sont contenues dans le Titre II du Livre IV, mais elles doivent être lues en liaison avec le Titre I, qui détermine leur champ d'application. Certes, ces dernières ont vocation à régir l'ensemble des composantes du droit français, mais c'est principalement en droit des pratiques anticoncurrentielles que les difficultés sont apparues. Par ailleurs, il faut tenir compte de certaines dispositions insérées dans le Titre VI qui concernent la qualification des comportements.

Cette branche du droit de la concurrence peut être qualifiée de « mature » et soulève plus des difficultés de mise en œuvre que des questions de principe. Cela s'explique par le fait que la plupart des affaires examinées par l'Autorité de la concurrence relèvent des articles 101 et 102 TFUE et que la pratique de cette dernière, confirmée par les cours de contrôle que sont la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation, est alignée sur la jurisprudence de la Cour de justice. De plus, même dans les hypothèses où seul le droit français est applicable, l'Autorité suit le plus souvent les solutions du droit européen.

117 - Compte tenu des contraintes fortes imposées par le droit de l'Union en cette matière, les réformes ne peuvent qu'être limitées. Les évolutions doivent d'abord intervenir au niveau européen. Cela étant, des améliorations sont possibles. Elles peuvent suivre deux axes :

- un premier axe d'amélioration pourrait porter sur l'ordonnancement et la présentation des textes. Les Titres I et II paraissent, en effet, en comparaison de législations d'autres États membres, quelque peu « datés » ;
- en dehors de ces améliorations essentiellement formelles qui ne feraient que consacrer pour l'essentiel la pratique actuelle, un deuxième axe de réflexion doit porter sur la pertinence des interdictions spécifiques au droit français.

***(a) Les pratiques anticoncurrentielles communes :
des textes datés à réécrire en fonction de
l'évolution de la matière***

118 - Les dispositions des Titres I et II ont parfois plus de trente ans, car certains articles reprenaient déjà en 1986 des dispositions antérieures. Les données ont sensiblement évolué et, dans le cadre d'une réforme, il pourrait être utile de les toiletter et de leur donner un contenu plus proche des problématiques actuelles. Le constat peut être fait aussi bien pour les questions relatives au champ d'application traitées dans le Titre I, qui contient par ailleurs des dispositions générales, que pour les questions de qualification des comportements envisagés dans le Titre II.

(b) Remarques sur les dispositions générales du Titre I

*(i) L'article L. 410-1 du Code de commerce et le
champ d'application du droit des pratiques
anticoncurrentielles*

119 - L'article L. 410-1 du Code de commerce, selon lequel « les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public », constitue la seule disposition consacrée au champ d'application matériel du droit de la concurrence. Ce texte a donné lieu dans les années 1990 à de multiples difficultés d'interprétation en raison d'une confusion entre la question d'applicabilité du droit de la concurrence

et la répartition des compétences entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif. La jurisprudence est aujourd'hui stabilisée et pour l'essentiel en conformité avec la jurisprudence de la Cour de justice sur la notion d'entreprise, en tant que critère d'applicabilité du droit de la concurrence telle que développée à partir de l'arrêt *Höfner* en 1991.

120 - Une réécriture du Titre I serait néanmoins utile. S'il était décidé de mettre en avant la notion d'entreprise, qui s'impose aujourd'hui, l'on pourrait profiter de l'occasion pour combler les lacunes des dispositions générales actuelles. On se bornera à mentionner les plus évidentes.

121 - En premier lieu, il ne faut pas oublier qu'il y a deux définitions de la notion d'entreprise :

- la première tirée de l'arrêt *Höfner* (est une entreprise toute entité, quels que soient son statut et son mode de financement, qui exerce une activité économique) sert uniquement à vérifier l'applicabilité du droit de la concurrence ;
- pour toutes les questions relatives à l'application du droit de la concurrence, qu'il s'agisse des problèmes de qualification (par exemple : les accords intragroupes), de dérogations, de responsabilités ou de calcul des sanctions pécuniaires, l'on utilise une seconde définition : l'entreprise est alors une unité économique, ce qui permet de considérer à certaines conditions que l'entreprise est constituée par un groupe de sociétés.

Dans le cadre des dispositions générales, prendre parti sur la notion d'entreprise, en précisant le caractère double de la définition, s'imposerait (voir par exemple : article 3 de la loi portugaise).

Proposition n° 33 : Préciser le caractère double de la définition d'entreprise en distinguant, celle qui se rapporte à l'applicabilité du droit de la concurrence : toute entité, quels que soient son statut et son mode de financement, qui exerce une activité économique et celle qui se rapporte à son application : unité économique.

122 - En deuxième lieu, plus que les personnes publiques, mentionnées actuellement à l'article L. 410-1 du Code de commerce, il faudrait viser les entreprises publiques, compte tenu du principe de neutralité qu'impose le droit de l'Union et envisager éventuellement un régime particulier de dérogation pour les entreprises chargées d'un service économique d'intérêt général. Dans un État attaché à la notion de service public, aucune mesure n'est prévue, parce que l'on était sans doute parti en 1986 de l'idée inexacte que les services publics échappaient au droit de la concurrence. Le droit de l'Union impose de faire la distinction entre les services d'intérêt général non économiques, qui échappent effectivement à l'emprise du droit de la concurrence, et les services économiques d'intérêt général qui y sont soumis.

L'article L. 410-1 du Code de commerce paraît à cet égard « obsolète » s'il est comparé aux dispositions équivalentes contenues dans des législations d'États membres (notamment : RFA : article 130, § 1 ; Italie : article 8 ; Portugal : article 4).

123 - De plus, l'on peut s'étonner de ne pas trouver dans ce titre consacré aux dispositions générales de mesure relative au champ d'application géographique. S'agissant des territoires visés, en dehors des TOM (Nouvelle-Calédonie, Polynésie), qui ont leur propre droit de la concurrence et ne sont pas soumis au droit de l'Union, les réformes constitutionnelles des régions ultramarines (voir article 74 Constitution) ont pour résultat qu'il y a désormais pour certains territoires une discordance entre le champ du droit français et celui du droit de l'Union.

Plus que la définition des territoires, c'est le critère d'applicabilité qui importe. La pratique française, suivant en cela la jurisprudence de la Cour de justice, a consacré la théorie dite des effets qualifiés. Dans ces conditions, la précision donnée, uniquement dans l'article L. 420-1 du Code de commerce à la suite de la loi NRE de 2001, sur l'applicabilité à des groupes hors de France est inutile et pourrait être supprimée sans difficulté, d'autant que le problème ne se pose pas uniquement en matière d'ententes. Si l'on estime qu'un texte est nécessaire, il faut insérer une disposition générale qui consacre la théorie dite des effets à l'instar de ce qui existe dans plusieurs législations d'autres États membres (droit portugais, article 2, § 2 ; RFA, ancien article 98, devenu 130 § 2, GWB).

Proposition n° 34 : Préciser, par une disposition générale, que le critère du champ d'application géographique du droit national de la concurrence est celui de ses effets sur le territoire national.

(ii) Les articles L. 410-2 à L. 410-6 du Code de commerce : le principe de liberté des prix et les mesures dérogatoires

124 - L'affirmation en 1986 du principe de liberté des prix présentait un caractère fondamental. C'est moins le principe que les dérogations qui peuvent dans certains cas soulever certaines difficultés. Ces dernières ne cessent de s'étendre depuis 2012 et concernent surtout les régions ultramarines (article L. 410-3 à L. 410-5 du Code de commerce).

125 - Ces textes appellent deux remarques générales au regard du droit de l'Union :

- en premier lieu, les mesures prises doivent être compatibles avec le principe de libre circulation. L'article L. 410-4 opère une référence à l'article 349 TFUE. Cela signifie que toute mesure, qui dérogerait aux principes du droit de l'Union, doit être validée par un texte du Conseil, comme cela a été le cas pour l'octroi de mer ;
- en second lieu, les mesures étatiques qui conduisent à des comportements susceptibles d'être qualifiés de pratiques anticoncurrentielles relevant des articles 101 et/ou 102 TFUE sont contraires aux règles du Traité. Dans ces conditions, même s'ils sont négociés sous l'égide des pouvoirs publics, les accords envisagés aux articles L. 410-5 et L. 410-6 du Code de commerce, s'ils étaient susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, pourraient être neutralisés par le droit de l'Union.

126 - Ces dernières années, le législateur français a modifié l'équilibre du droit des pratiques anticoncurrentielles en insérant de nouvelles dispositions dont la conformité avec le droit de l'Union peut être mise en doute. L'on retrouve cette tendance dans le Titre II.

(c) Remarques sur les dispositions du Titre II

127 - En matière de pratiques anticoncurrentielles, le droit de l'Union est désormais omniprésent et la règle de convergence de l'article 3 du règlement n° 1/2003 impose un alignement des règles nationales. Là encore, même si la pratique des institutions françaises est de manière générale en conformité avec le droit de l'Union, la rédaction des textes est datée, qu'il s'agisse des interdictions, des dérogations, et même des dispositions relatives à la mise en œuvre contenues dans ce texte.

(i) Les interdictions

128 - L'article L. 420-1 du Code de commerce qui affirme le principe de prohibition des ententes gagnerait à être reformulé. S'agissant du premier élément constitutif de l'interdiction qu'est la collusion, l'énumération des formes de l'entente est à la fois inutile et incohérente. Une formulation moderne, au demeurant utilisée en 2012 à l'article L. 420-2-1, conduit à viser uniquement les accords et pratiques concertées, qui permettent de couvrir toutes les formes de collusion. La question de savoir s'il est également nécessaire de viser les décisions d'associations d'entreprises, qui ne sont qu'une variété d'accord, peut être débattue (voir l'exemple italien).

Une telle réécriture ne ferait que confirmer la pratique de l'Autorité et des cours de contrôle qui suit intégralement la jurisprudence de la Cour de justice. Certes, il existe parfois des nuances (exception de l'apparence en matière de marchés publics pour les accords intragroupes ; preuve de la participation à l'entente en cas d'assistance à la réunion d'une organisation professionnelle), mais, en cas de contentieux, ces divergences pourraient être justifiées par la spécificité des situations et n'ont pas à être traitées dans le texte. Il en est de même de l'utilisation croissante de la notion d'infraction unique, qui est devenue en pratique la question la plus importante, en particulier, en matière de cartels.

129 - De la même manière, la rédaction de l'article L. 420-1 du Code de commerce devrait être reprise, s'agissant de la formulation du deuxième élément constitutif, qu'est la restriction de concurrence. La mention

« peuvent avoir pour effet » n'a pas lieu d'être et il suffirait de reprendre la formulation de l'article 101, § 1, TFUE, « ayant pour objet ou pour effet », comme cela a déjà été fait dans l'article L. 420-2-1 du Code de commerce. La modernisation de la rédaction permettrait également de revoir la liste des exemples et de commencer plus logiquement par les pratiques qui portent sur les prix, sur la répartition des marchés.

À cet égard, il conviendrait de déplacer les articles L. 464-6-1 et L. 464-6-2 du Code de commerce sur le seuil de sensibilité. Insérées par une ordonnance de mars 2004, pour s'aligner sur le droit de l'Union, ces dispositions ont été conçues comme une règle de priorisation des cas, alors qu'il s'agit d'un élément de la qualification.

Proposition n° 35 : Reformuler l'article L. 420-1 du Code de commerce :

- ***en visant uniquement, comme pratique prohibée, dans l'alinéa 1°, les accords et les pratiques concertées ;***
- ***en supprimant du même alinéa le membre de phrase « peuvent avoir pour effet » ;***
- ***en modernisant la liste des exemples énumérés aux 1°, 2°, 3°, et 4° du même article et en commençant l'énumération par les pratiques qui portent sur les prix et sur la répartition des marchés ;***
- ***en intégrant dans cet article ou à sa suite les articles L. 464-6-1 et L. 464 6-2 qui traitent du seuil de sensibilité.***

130 - L'article L. 420-2 du Code de commerce soulève peu de difficultés en tant qu'il vise l'abus de position dominante. Dans le cadre d'une nouvelle rédaction, il ne devrait être consacré qu'à cette forme d'abus, comme c'est le cas dans toutes les législations nationales, qui connaissent par ailleurs, à l'instar du droit français, des interdictions d'autres pratiques abusives. Dans la mesure où l'article 102 TFUE est applicable parallèlement dans la quasi-totalité des cas et où la pratique est totalement alignée sur la jurisprudence européenne, il serait plus logique d'avoir une rédaction similaire.

L'on pourrait également procéder à une amélioration s'agissant de la liste d'exemples aujourd'hui dépassée et peu cohérente, dans la mesure où elle vise essentiellement des pratiques d'exploitation. Il serait sans doute préférable de préciser que l'interdiction vise tant les abus d'exclusion que les abus d'exploitation.

Proposition n° 36 : Supprimer l'alinéa 2 de l'article L. 420-2 du Code de commerce.

Proposition n° 37 : Revoir la liste des exemples d'abus de position dominante figurant dans la deuxième phrase de l'alinéa 1er pour la moderniser et en précisant que l'interdiction vise aussi bien les abus d'exclusion que les abus d'exploitation.

(ii) Les dérogations

131 - La situation en matière de dérogations est devenue confuse, car indépendamment des ajouts faits à l'article L. 420-4 du Code de commerce (ajouts en 2001, 2008 et 2012), certaines dispositions dérogoires ont été insérées dans d'autres codes, en particulier, le Code rural. Si l'on se limite aux règles générales, s'agissant des règles de fond, le dispositif français présente deux différences par rapport au droit européen :

- il a vocation à s'appliquer à toutes les pratiques anticoncurrentielles, ententes et abus de domination ;
- il prévoit deux séries de motifs de dérogation : pour les pratiques résultant d'un texte, en raison d'une contribution au progrès économique.

132 - S'agissant des motifs d'exemption, l'on peut s'interroger sur l'utilité d'un maintien de l'article L. 420-4-I.1° du Code de commerce, au demeurant très peu appliqué, car interprété à juste titre restrictivement par l'Autorité de la concurrence. Si les pratiques relèvent également du droit de l'Union, ce qui est la situation majoritaire, la règle est neutralisée par ce dernier (CA Paris, 1993, CMS ; jp CIF, applicable). À tout le moins, faudrait-il ajouter comme cela a été fait dans la loi espagnole (article 4.1), « sans préjudice de l'application des dispositions du droit de l'Union ». Mais

en toute hypothèse, le texte peut être jugé inutile car si la restriction de concurrence découle d'un texte impératif, les conditions de la prohibition ne sont pas réunies.

Dans ce contexte, une attention particulière doit être portée à l'existence de dispositions spécifiques en dehors du Code de commerce. Des dispositions du Code rural renvoient par exemple à l'article L. 420-4-I.1°, notamment pour les accords étendus conclus dans le cadre d'organisations professionnelles agricoles (par exemple article L. 632-5° du Code rural). De telles mesures soulèvent des problèmes d'articulation avec le règlement n° 1308/2013, dont les articles 206 et suivants rappellent l'applicabilité des articles 101 et 102 TFUE au secteur agricole et met en place des dérogations spécifiques. Comme la Cour de justice vient de le rappeler dans l'affaire dite des endives, toutes les dérogations et exceptions sont d'interprétation stricte. Des réflexions sont en cours au niveau de l'Union qui conduiront sans doute à revoir ces textes propres au secteur agricole.

133 - Quant à l'article L. 420-4-I.2° du Code de commerce qui prévoit une dérogation pour contribution au progrès économique, là encore, la rédaction est datée. Les ajouts opérés à l'occasion de réformes (référence aux emplois, produits agricoles et alimentaires) sont soit inutiles, soit contraires au droit de l'Union. La pratique de l'Autorité suit intégralement l'article 101, § 3, TFUE, sans s'attacher à la lettre du texte français. Il serait plus logique de s'aligner sur le texte européen et de reprendre les quatre conditions cumulatives, comme cela a été fait dans d'autres droits.

Proposition n° 38 : Aligner la rédaction de l'article L. 420-4-I, 1° et 2° sur l'article 101, § 3, TFUE.

134 - La vraie question à débattre est celle du domaine de ces dérogations. Deux séries de questions se posent à cet égard :

- dans la mesure où les institutions européennes admettent désormais la théorie des efficiences en matière de pratiques abusives, maintenir un texte unique pour les ententes et les abus de position dominante peut être envisagé ;

- l'on peut également envisager des motifs de dérogation, spécifiques à certaines catégories d'entreprises. Le cas des entreprises chargées d'un SIEG a déjà été évoqué (pertinence d'un équivalent de l'article 106, § 2, TFUE).

135 - Conserver en droit français une exemption spécifique pour les PME conduit à revenir sur les procédures conduisant à l'octroi de dérogations. Conçu dès l'origine sur le système de l'exception légale, le système français est tout à fait en accord avec la révolution opérée en droit de l'Union par le règlement n° 1/2003. L'intérêt d'un texte rappelant que la charge de la preuve des conditions de la dérogation pèse sur l'entreprise qui l'invoque reprenant l'article 2 du règlement, comme en droit portugais, peut être éventuellement discuté.

La principale difficulté concerne la possibilité pour le ministre de recourir à des décrets d'exemption par catégorie. Les expériences antérieures (notamment en 1997) n'ont guère eu de succès. L'on a pourtant étendu le mécanisme (article L. 632-5° du Code rural). En ce domaine, les contraintes européennes sont très fortes. Cela ne peut être envisagé du fait de la règle de convergence que pour les accords entre PME et en l'absence d'affectation du commerce entre États membres. Il ne sert à rien de multiplier des textes inutiles dont l'application est paralysée par le droit de l'Union.

(iii) Sanctions et mise en œuvre

136 - Le Titre II contient également quelques dispositions relatives aux sanctions qui pourraient être modernisées.

L'article L. 420-3 du Code de commerce sur les nullités n'appelle pas de remarques, si ce n'est qu'il présente l'avantage sur l'article 101, § 2, TFUE de couvrir toutes les pratiques anticoncurrentielles. En revanche, s'agissant de l'article L. 420-6 du Code de commerce sur les sanctions pénales, il pourrait être précisé qu'il s'applique également en cas de violation des articles 101 et 102 TFUE (voir proposition n° 30).

Dans les deux cas, l'on peut s'interroger sur l'opportunité de laisser ces dispositions dans un titre consacré en principe aux règles substantielles ou de les transférer dans un titre consacré à la mise en œuvre en distin-

quant la mise en œuvre par l’Autorité de la concurrence et la mise en œuvre par les juridictions de droit commun (voir proposition n° 32).

137 - L’article L. 420-7 du Code de commerce n’a, quant à lui, certainement pas sa place dans ce titre. Ce texte traite de la spécialisation des juridictions judiciaires. Indépendamment du fait qu’il devrait être actualisé (il fait toujours référence aux articles 81 et 82 CE malgré une réforme intervenue en 2011 !), il serait certainement mieux placé dans une section ou chapitre consacré à la mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles et plus particulièrement à la mise en œuvre dans la sphère dite privée. Il devrait être mis en parallèle avec l’article L. 470-6 du Code de commerce (également à actualiser), qui traite des pouvoirs des autorités françaises (Autorité de la concurrence et ministre de l’Économie) dans l’application des articles 101 et 102 TFUE (voir proposition n° 23).

(d) Les pratiques anticoncurrentielles propres au droit français

138 - Les principales difficultés soulevées par le droit français des pratiques anticoncurrentielles concernent l’existence d’interdictions spécifiques. Ces dernières peuvent être classées en deux catégories. Certaines règles ont un champ général. Leur légalité au regard du droit de l’Union n’est pas contestable en l’état du règlement n° 1/2003. En revanche, d’autres interdictions de nature sectorielle, introduites plus récemment, soulèvent diverses questions de principe.

(i) L’opportunité des pratiques abusives spécifiques au droit français

139 - Deux interdictions propres au droit français relèvent de la catégorie des pratiques unilatérales : l’interdiction des abus de dépendance économique de l’article L. 420-2 du Code de commerce et celle des prix abusivement bas de l’article L. 420-5 du Code de commerce. Il est possible de les conserver en droit français aussi longtemps que l’article 3, § 2 *in fine* du règlement n° 1/2003 permet aux États membres d’avoir des législations nationales plus sévères que le droit de l’Union.

Se pose uniquement le problème de leur utilité.

140 - La réponse paraît s'imposer pour l'article L. 420-5 du Code de commerce. Ce texte de circonstance, introduit en 1996 pour tenter d'appréhender à l'époque la pratique de la baguette à 1 franc, n'a donné lieu à aucune application pratique. Les pratiques de prix prédateurs peuvent déjà être appréhendées sur le terrain de l'article L. 420-2 du Code de commerce, quand elles émanent d'une entreprise en position dominante. Le texte ne pourrait avoir d'intérêt que pour appréhender des pratiques de prix abusivement bas émanant d'entreprises ne disposant pas d'une position dominante. Mais son domaine est limité puisqu'il vise uniquement les relations avec les consommateurs. Est alors davantage en cause la réglementation commerciale applicable à certaines pratiques qui peuvent être qualifiées de déloyales... Le droit français est déjà très développé. On peut donc s'étonner du fait que le législateur ait ajouté à ce texte en février 2017 un alinéa 2 pour appréhender les « pratiques dites de dégageement » dans les DOM. Il s'agit sans doute d'une pratique qui peut être qualifiée de déloyale, mais il ne s'agit pas d'une pratique anticoncurrentielle. Si un texte est nécessaire, il ne doit pas être inséré dans le Titre II.

Proposition n° 39 : Supprimer l'article L.420-5 du Code de commerce.

141 - La réponse est plus difficile à donner pour l'abus de dépendance économique. Ce texte est plus souvent invoqué que le précédent devant l'Autorité de la concurrence. Par ailleurs, force est de constater que d'autres États membres connaissent également une interdiction similaire (not., RFA, Portugal).

142 - En pratique, même si le texte a vocation à jouer quelle que soit l'entreprise en situation de dépendance, distributeur ou fournisseur, c'est surtout la dépendance des fournisseurs vis-à-vis de la grande distribution qui soulève des difficultés. L'on assiste actuellement en Europe à une réflexion sur l'appréhension de la puissance d'achat. C'est certainement au niveau de l'Union européenne que la réflexion sur le contrôle de la puissance d'achat doit être menée. En l'état, il a semblé préférable de

s'abstenir de toute proposition relative à ce texte, même s'il ne faut pas oublier que le droit français dispose d'un arsenal non négligeable pour appréhender ces relations de dépendance, via l'article L. 442-6 du Code de commerce et le nouveau droit des contrats. Un droit des pratiques restrictives rénové et mieux conçu pourrait rendre inutile le maintien de l'interdiction des abus de dépendance économique en tant que pratique anticoncurrentielle.

(ii) L'opportunité de l'interdiction de pratiques sectorielles

143 - Le mouvement a été lancé en 2012 et n'a fait que se confirmer depuis. Le législateur a d'abord introduit une interdiction spécifique pour les accords exclusifs d'importation dans les DOM et dans les COM à l'article L. 420-2-1 (loi du 20 novembre 2012). Puis, sur ce modèle, a été introduite une nouvelle prohibition à l'article L. 420-2-2 par une loi du 29 décembre 2016 qui vise à favoriser la mise en concurrence des centrales de réservation de taxis. Dans les deux cas, le principe d'interdiction est assorti d'une dérogation spécifique à l'article L. 420-4-III du Code de commerce. Enfin, plus récemment, une loi du 28 février 2017 a ajouté un alinéa 2 à l'article L. 420-5 du Code de commerce pour interdire les pratiques dites de dégagement dans les DOM et les COM.

L'on assiste ainsi soit à une spécialisation géographique pour les territoires ultramarins, soit à une spécialisation sectorielle.

144 - Dans les deux cas, une telle méthode législative qui vise à appréhender des cas particuliers doit être condamnée avec vigueur sinon l'on risque d'assister à la même dérive que celle que l'on connaît en droit des pratiques restrictives à l'article L. 442-6 du Code de commerce.

La méthode doit d'autant plus être condamnée qu'elle est inutile, puisque dans la majorité des hypothèses, les textes sont paralysés du fait de la règle de convergence du droit de l'Union. À cet égard, une distinction s'impose entre les textes spécifiques aux territoires ultramarins et le dispositif sur les centrales de réservation.

145 - S'agissant des territoires ultramarins, les nouvelles interdictions ne posent pas de difficulté pour les COM qui ne sont pas soumises au droit de l'Union, mais compte tenu de leur taille, leur impact est pour le moins limité. En revanche, tel n'est pas le cas pour les DOM et les ROM dans lesquels le droit de l'Union est pleinement applicable. Dès lors que les accords exclusifs d'importation sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, l'article L. 420-2-1 du Code de commerce, comme l'article L. 420-4-III, sont contraires à la règle de convergence. Ils ne peuvent s'appliquer. Le nouvel article L. 420-5 al. 2 du Code de commerce qui prévoit des accords dérogatoires sur les prix en cas de pratiques de dégagement négociés sous l'égide des pouvoirs publics est, de même, contraire à l'article 101, § 1 TFUE.

Certes, il est vrai qu'il existe des difficultés spécifiques dans les régions ultramarines, au demeurant maintes fois dénoncées par l'Autorité de la concurrence. L'on peut comprendre la volonté du législateur d'appréhender ces problèmes. Toutefois, dans ce cas, pour que ces textes soient applicables, encore faut-il que la France fasse jouer la procédure de l'article 349 TFUE et obtienne une décision spécifique du Conseil, comme cela a été le cas pour l'octroi de mer.

Proposition n° 40 : *Supprimer les articles L. 420-2.1 du Code de commerce et L. 420-4-III du Code de commerce ou à tout le moins suivre la procédure prévue par l'article 349 TFUE.*

146 - En toute hypothèse, une telle dérogation spécifique ne peut être envisagée pour les pratiques relatives aux centrales de réservation. Il apparaît donc nécessaire de procéder à la suppression de l'article L. 420-2-2 dont la rédaction est, en outre, des plus discutables.

Proposition n° 41 : *Supprimer l'article L. 420-2-2 du Code de commerce.*

1.2 Mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles par l'Autorité

147 - Même si de nombreuses questions se posent, le groupe de réflexion n'a pas traité en profondeur les questions de mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles par l'Autorité, dans la mesure où une réforme est en cours au niveau de l'Union, avec la proposition de directive ECN +, et où des réflexions internes ont été parallèlement engagées par l'Autorité elle-même.

Les principales remarques ont plus touché à l'organisation de l'Autorité et à son mode de fonctionnement (cf. supra n° 70 et suivants). Le principal problème évoqué par l'ensemble des intervenants, qui est récurrent, est celui du délai de traitement des affaires. L'amélioration sur ce point passe d'abord et surtout par une révision des procédures internes de traitement, ainsi que par une stabilisation du corps des rapporteurs.

En dehors des questions institutionnelles déjà mentionnées, des préoccupations ont été émises sur plusieurs points.

(a) L'opportunité des poursuites

148 - L'Autorité, plus exactement son rapporteur général, dispose déjà d'un large pouvoir d'initiative, lequel a été sensiblement accru lors de la réforme de 2008. Le rapporteur général décide, en effet, du choix des indices transmis par la DGCCRF, qui peuvent donner lieu à enquêtes. Il décide également, lorsque l'enquête a été réalisée par la DGCCRF, du sort à réserver aux résultats de cette dernière (article L. 450-5 du Code de commerce). Les statistiques montrent que le rapporteur général effectue à ce stade un tri important (par exemple, en 2016, seulement 13,1 % des projets d'enquête ont été retenus, et 20 % des rapports d'enquête). Ces chiffres interpellent. Si 80 % des rapports d'enquête de la DGCCRF sont insuffisants pour permettre une saisine de l'Autorité et que 86,9 % des indices qu'elle relève ne constituent pas aux yeux du rapporteur général des indices permettant l'ouverture d'une enquête, il y a soit un problème massif de compréhension de ce qu'est la concurrence au sein de la DGCCRF soit la mise en œuvre par le rapporteur général d'une conception très restrictive de l'opportunité des poursuites et la légitimité de ce

filtre (qui ne permet pas au collège de se prononcer) pose question. Pour autant, le débat sur l'opportunité des poursuites ne concerne que le traitement des saisines émanant des entreprises. Sur ce point, la réforme de 2008 a élargi les motifs d'irrecevabilité et de rejet.

Le débat est relancé par la proposition ECN +, dans la mesure où l'article 4, sous e) fait de la possibilité de prioriser les cas un élément de l'indépendance des autorités. La question est plus délicate qu'il n'y paraît de prime abord. En effet, c'est en partie grâce à des saisines émanant des entreprises que l'Autorité française est saisie depuis l'origine de questions très diverses, ce qui lui permet d'avoir une pratique décisionnelle plus diversifiée que celle de ses homologues européens et surtout de la Commission européenne. Conférer à l'Autorité un principe d'opportunité des poursuites passive en l'autorisant à rejeter une plainte pour défaut d'intérêt pourrait avoir des effets pervers sur le système français.

En tout état de cause, sur le plan juridique, il faut distinguer l'obligation pour l'Autorité d'adopter une décision formelle sur une plainte (obligation qui pèse également sur la Commission européenne, laquelle jouit par ailleurs du principe d'opportunité des poursuites passive, alors que le *Bundeskartellamt* peut classer sans suite et sans donner la moindre information) et les motifs qui conduisent à rejeter la plainte. Il serait tout à fait regrettable de conférer à l'Autorité un pouvoir totalement discrétionnaire comme en droit allemand. En revanche, il est possible d'envisager un élargissement des motifs de rejet de la saisine. Une procédure qui pourrait être suggérée est celle utilisée dans un certain nombre de pays, dont par exemple le Royaume-Uni, où les critères de « priorisation » retenus par l'Autorité de la concurrence font l'objet chaque année d'une large consultation publique avant d'être adoptés et publiés. Avec un tel mécanisme, l'Autorité de la concurrence ne peut rejeter des saisines que lorsqu'il est clair qu'elles ne rentrent pas dans les priorités publiées.

Proposition n° 42 : *Tout en maintenant pour l'Autorité l'obligation d'adopter une décision formelle sur toute saisine émanant d'une entreprise, élargir les motifs de rejet de plainte, adoptés et publiés après avoir fait l'objet d'une consultation publique.*

(b) Les procédures d'enquête et le traitement de la confidentialité

149 - Bien que les enquêtes continuent à générer un important contenu, sans commune mesure avec celui beaucoup plus limité que suscitent les pouvoirs d'enquête de la Commission, le groupe de travail a estimé que le système actuel avait atteint un équilibre satisfaisant, en particulier depuis que la pratique a introduit les scellés provisoires pour garantir le traitement de la confidentialité des échanges avec les avocats, qui avait été remis en cause avec le développement des enquêtes dites informatiques (*digital inquiries*).

Il a toutefois été suggéré d'améliorer la procédure en prévoyant que les scellés provisoires soient ouverts sous le contrôle d'un tiers indépendant qui pourrait être le conseiller auditeur.

150 - À cette occasion, et bien que le problème dépasse le cadre du présent rapport, un consensus s'est dégagé au sein du groupe de travail pour regretter le sort réservé aux notes émanant des juristes internes à l'entreprise. Non seulement leurs travaux ne sont pas protégés, mais l'expérience montre qu'ils sont très souvent les premiers visités par les services d'inspection de l'Autorité. Une telle situation ne pourra perdurer.

151 - Au-delà des problèmes rencontrés en droit positif, bien que l'Autorité dispose déjà des pouvoirs prévus par la proposition de directive, le groupe a relevé que la question des modalités de la transposition pourra se poser. La proposition est, en effet, calquée sur le règlement n° 1/2003, l'objectif étant d'étendre aux ANC les pouvoirs reconnus à la Commission (en dehors des déclarations de l'article 19). La typologie utilisée dans le règlement, qui est fondée sur une distinction entre inspections et demandes de renseignements, n'est pas celle retenue en droit français.

Proposition n° 43 : *Placer la procédure dite de scellés provisoires sous la responsabilité du conseiller auditeur.*

(c) La procédure des engagements et le rôle des tiers

152 - Introduite lors de l'adaptation du droit français au règlement n° 1/2003 réalisée par l'ordonnance de novembre 2004, la procédure d'engagements n'a pas soulevé de remarques lorsqu'elle est envisagée du côté des entreprises visées par la saisine. En revanche, sa mise en œuvre soulève des difficultés lorsque l'Autorité est saisie par une autre entreprise.

153 - Dans la mesure où, en droit français, la procédure d'engagements doit intervenir avant la notification des griefs, cela implique une mise à l'écart de l'auteur de la saisine, qui n'est pas informé du tour pris par l'affaire et n'a pas accès au dossier. Il ne pourra réagir à l'instar des véritables tiers qu'au moment du test de marché. De plus, une fois la décision finale adoptée, il peut arriver que les engagements proposés et négociés avec les services d'instruction ne répondent que partiellement à l'objet de la « plainte » initiale.

Certes, l'auteur de la saisine peut faire valoir ses droits à l'occasion d'un recours contre la décision d'acceptation d'engagements. Mais ce contrôle est très limité. En premier lieu, il n'y a pas de contrôle sur le choix opéré par l'Autorité de recourir à la procédure d'engagements. En deuxième lieu, le contrôle exercé sur les engagements validés est un contrôle restreint.

154 - Après avoir reçu un accueil très favorable, la procédure d'engagements commence à être mise en cause, ne serait-ce que parce qu'elle n'apporte pas toujours les gains d'efficacité escomptés. Une réflexion devrait être engagée d'abord sur les situations dans lesquelles il est possible de recourir à cette procédure, ensuite sur la place éventuelle des saisissants dans la procédure, enfin sur l'étendue du contrôle juridictionnel qui doit être opéré.

(d) La procédure de clémence

155 - La proposition de directive est très largement inspirée du programme modèle de clémence révisé en 2012 que l'Autorité française suit dans le communiqué de procédure révisé du 3 avril 2015. S'agissant du champ de la clémence, il existe une différence entre le texte de l'article L. 464-2

du Code de commerce qui prévoit la clémence pour toutes les ententes couvertes par l'article L. 420-1 du Code de commerce et la pratique consacrée par le communiqué de procédure qui réserve le jeu de la clémence aux seuls cartels, ou à tout le moins aux ententes horizontales portant sur les prix, la répartition des marchés, y compris les soumissions concertées. L'Autorité a décidé de s'aligner sur la pratique de la Commission qui limite la clémence aux seules ententes dites secrètes, c'est-à-dire en réalité aux cartels, tels que définis par la recommandation de l'OCDE de 1998. En 2015, à la suite de la révision du programme modèle, la clémence a été étendue aux pratiques concertées mises en place par l'intermédiaire d'acteurs en relation verticale avec les auteurs de la pratique (pratiques dites *hub and spoke*). Le groupe s'est interrogé sur l'opportunité d'étendre encore le champ de la clémence, notamment aux relations verticales. Outre qu'elle n'est pas prévue dans la proposition de directive, une telle extension n'est pas souhaitable dans la mesure où la clémence est totalement inadaptée lorsque les problèmes de concurrence résultent de contrats.

Les conditions de la clémence n'ont pas appelé de remarques particulières.

156 - La difficulté essentielle de la procédure française concerne les conséquences de la séparation des fonctions qui ont conduit à instituer l'avis de clémence, lequel est adopté par une formation du collège, qui doit être distincte de la formation qui statuera sur le fond. Outre le problème d'organisation que cela soulève, la pertinence de l'avis a été mise en cause. L'objectif poursuivi qui est de sécuriser les entreprises est louable, mais le formalisme ainsi mis en place fige un certain nombre de données beaucoup trop tôt. Le groupe s'est interrogé sur l'opportunité d'avoir une procédure plus souple, comme celle suivie par la Commission qui se contente d'une simple lettre. L'on pourrait envisager que l'avis de clémence soit délivré par le rapporteur général. Il ne lierait bien évidemment pas le collège.

157 - La question de l'articulation de la clémence avec la procédure de transaction se pose par ailleurs, sachant que dans ce dernier cas, l'entreprise n'a pas à fournir d'éléments de preuve. En droit de l'Union, cette articulation est d'autant plus claire que les deux procédures sont limitées aux cartels. En droit français, le recul est limité puisque l'on dispose d'une

seule décision récente (déc. 17-D-20). L'Autorité indique avoir accordé des réductions substantielles aux deux demandeurs de clémence qui ont collaboré de manière active à la procédure.

Proposition n° 44 : Atténuer le formalisme de la procédure d'avis et transférer les pouvoirs du collège au conseiller auditeur.

158 - L'article 22 de la proposition de directive oblige par ailleurs à réfléchir à l'introduction d'un programme de clémence spécifique aux personnes physiques comme cela existe aux États-Unis ou encore au Royaume-Uni. Dans l'hypothèse où des personnes physiques peuvent faire l'objet de sanctions, le texte impose, semble-t-il, d'introduire un tel programme.

(e) La procédure de transaction

159 - La nouvelle procédure de transaction introduite par la loi du 6 août 2015 pour succéder à l'ancienne procédure de non-contestation des griefs soulève encore beaucoup d'interrogations. Cela s'explique dans la mesure où la pratique est à ce jour limitée. L'Autorité devrait publier en 2018 un communiqué de procédure, qui sera précédé d'une consultation publique.

160 - L'utilisation du mot « transaction » conduit à faire un parallèle avec la procédure européenne de transaction introduite en 2008, ce qui est source de confusion, car il existe des divergences importantes entre les deux systèmes. La procédure de transaction européenne est limitée aux seuls cartels et se déroule pour l'essentiel avant la communication des griefs, ce qui permet ensuite à la Commission européenne de suivre une procédure contradictoire simplifiée, de la communication des griefs à la décision finale. La procédure française de transaction est une adaptation de l'ancienne procédure de non-contestation des griefs. Comme cette dernière, elle peut être suivie pour toutes les pratiques – ententes horizontales, ententes verticales, pratiques abusives, et suppose que les griefs aient été notifiés. Par ailleurs, elle soulève un problème institutionnel qui n'existe pas en droit européen. La procédure de transaction opère de fait un transfert à tout le moins partiel du pouvoir de décision du Collège aux services d'instruction.

L'on comprend bien les objectifs poursuivis tant par l'Autorité, que par les entreprises. Il n'est pas certain que l'introduction d'une procédure unique, alors que les problèmes ne sont pas du tout les mêmes en matière de cartels, par exemple, et d'abus de position dominante, soit une bonne solution. La pratique récente de la Commission européenne (introduction informelle d'une procédure de coopération en matière d'abus de position dominante dans la décision ARA) montre qu'il est préférable d'avoir des procédures distinctes :

- une vraie procédure de transaction en matière de cartels, qui se déroule avant la procédure de notification des griefs, en liaison éventuellement avec la procédure de clémence ;
- un retour à la procédure de non-contestation des griefs, pour toutes les pratiques où se posent des problèmes de qualification (notamment pratiques abusives), en d'autres termes, une réduction d'amende en cas de « coopération » de l'entreprise.

Proposition n° 45 :

- *revoir l'actuelle procédure de transaction pour la limiter aux seuls cartels et l'organiser avant la notification des griefs, tout en maintenant un pouvoir de contrôle du collège (s'inspirer de la procédure de clémence) ;*
- *introduire pour les autres pratiques (en particulier, les abus de position dominante), une procédure reprenant les grandes lignes de l'ancienne procédure de non-contestation des griefs (réduction de l'amende en faveur de l'entreprise qui coopère).*

(f) La question des sanctions pécuniaires

161 - La question des sanctions pécuniaires, plus particulièrement celle de leur montant, est un vaste sujet sur lequel les opinions divergent. Le débat va être relancé puisque la proposition ECN + aborde la question des amendes et des injonctions. En l'état, les articles 12 et 14 suggèrent de généraliser le système appliqué par la Commission européenne qui découle du règlement n° 1/2003.

162 - Si l'on opère une comparaison avec l'actuel droit français, notamment l'article L. 462-4 du Code de commerce, plusieurs points méritent attention.

Certains sont secondaires et ne devraient pas soulever de polémique :

- les motifs d'infliction des amendes : la proposition de directive généralise la distinction courante en droit de l'Union entre les amendes pour les infractions de fond et les amendes pour les infractions procédurales. L'on sera amené à renforcer le dispositif français pour les infractions dites procédurales. Cela pourrait permettre de sanctionner la communication d'informations inexactes, qui, à l'heure d'actuelle, n'est pas effective. Les sanctions pénales s'avèrent inadaptées ;
- les conditions d'infliction des amendes : en l'état, le droit français, en dehors de l'existence d'une pratique anticoncurrentielle, n'impose qu'une condition négative : l'absence de prescription. La proposition ajoute la condition prévue en droit de l'Union, qui n'a plus d'incidence pratique compte tenu de l'interprétation qui en est donnée par la Cour de justice : l'infraction doit être commise de propos délibéré ou par négligence ;
- les critères de calcul des amendes : la proposition est très souple, puisqu'elle rappelle un principe général habituel en droit de l'Union (les amendes doivent être proportionnées et dissuasives ; on pourrait ajouter également le nécessaire respect du principe d'égalité de traitement) et ne reprend que les deux critères de l'article 23, § 2, du règlement n° 1/2003, à savoir la gravité et la durée de l'infraction. En France, ces éléments sont déjà pris en compte, mais la durée n'est pas expressément mentionnée dans le texte de l'article L. 464-2-1 al. 3, ce qui impliquera une réécriture du texte. Rien n'empêche de conserver les autres éléments, en particulier, le fameux dommage à l'économie, qui soulève de nombreux problèmes pratiques. Le groupe s'est révélé divisé sur le maintien de ce critère, une partie des intervenants estimant nécessaire de le faire disparaître.

163 - En revanche, d'autres règles pourraient avoir plus de conséquences en droit français :

- tel est le cas tout d'abord pour l'identification de l'auteur de l'infraction.

La proposition de directive impose de raisonner sur l'entreprise, au sens du droit de la concurrence. Cela oblige à tenir compte du groupe de sociétés et à prendre en compte les restructurations (article 13.2). La pratique française était déjà en grande partie en ligne avec cette solution, mais cela n'est pas inscrit dans un texte. Là encore, une réécriture s'imposera.

La proposition de directive oblige également à tenir compte de l'association d'entreprises et à calculer le montant de l'amende en tenant compte du chiffre d'affaires des membres lorsque l'infraction porte sur les activités de ces derniers. Ce serait une révolution sensible par rapport au texte français et à la pratique.

- tel est le cas ensuite pour les plafonds. Si, au regard de la proposition de directive, le plafond pour les entreprises ne sera pas modifié (article 14, § 1), le calcul du plafond pour les associations d'entreprises (article 14, § 2) pourrait faire l'objet d'une véritable révolution, puisqu'il sera calculé en tenant compte du chiffre d'affaires des membres. Si le texte est adopté en l'état, la polémique suscitée par l'affaire ECMA (Cass. Com. 8 février 2017- Association Expert-comptable média association) n'aura plus de raison d'être. En tout d'état de cause, et sans attendre la directive, il serait utile de supprimer ce plafond très avantageux pour les organismes prévu actuellement par l'article L. 464-2-I, al. 4 du Code de commerce qui n'apparaît plus justifié.

Proposition n° 46 :

- réécrire intégralement le dispositif sur les sanctions de l'article L. 464-2 du Code de commerce ;

- supprimer sans attendre le plafond spécial pour les organismes de l'article L. 464-2-1, al. 4 du Code de commerce.

2. LE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

164 - Depuis l'ordonnance de 1986, l'évolution du contrôle des concentrations est principalement marquée par le transfert du pouvoir de décision, opéré par la loi LME du 4 août 2008 du ministre chargé de l'Économie auquel il avait été maintenu, à l'Autorité de la concurrence, jusque-là cantonnée à un rôle d'avis. Celle-ci est donc désormais investie d'un pouvoir complet réunissant la mise en œuvre du droit des pratiques anti-concurrentielles et le contrôle des concentrations. Ainsi organisé, le droit des concentrations est, *a priori*, le domaine du droit de la concurrence qui est le mieux accepté. C'est, en outre, un domaine fort actif, puisque l'Autorité de la concurrence enregistre près de 200 saisines par an. C'est aussi celui dans lequel l'apport de l'économie à l'analyse concurrentielle est le plus crucial et le moins controversé. C'est également celui où il existe une harmonisation entre le droit national et le droit de l'Union européenne. C'est enfin une matière dans laquelle les recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence sont rares.

165 - Pourtant, il n'est pas certain que ce bilan flatteur reflète totalement la réalité. La faiblesse du nombre de recours est peut-être moins due à la satisfaction des entreprises intéressées qu'à la circonstance que, dans la plupart des cas, les parties à une concentration ne peuvent attendre la fin d'une procédure contentieuse pour conclure ou abandonner l'opération projetée. En outre, s'il est vrai que l'analyse économique est importante pour le traitement des affaires et pour l'analyse des effets d'une opération, il reste que, tant en droit national qu'en droit européen, le débat sur la contribution des opérations au progrès économique est largement tronqué, ce qui dissuade les parties d'invoquer sérieusement les arguments d'efficacité. S'il est exact qu'un grand nombre de concentrations sont notifiées chaque année, peu d'entre elles donnent lieu à une véritable instruction, de sorte que se pose la question de savoir si les seuils choisis pour la contrôlabilité des concentrations en France réalisent le bon équilibre pour minimiser les coûts sociaux de la concentration. Différentes autres remarques peuvent être faites en ce qui concerne la définition d'une opération de concentration, l'appréciation substantielle des critères de contrôle et les conditions de mise en œuvre de la procédure d'examen des opérations qui conduisent à reconsidérer la pratique de l'Autorité de la concurrence davantage que les textes applicables.

2.1 La définition des concentrations

166 - Seules les opérations répondant aux définitions du droit de l'Union (article 1er du règlement 139/2004) ou du droit national (article L. 430-2 du Code de commerce) sont des concentrations contrôlables.

(a) L'harmonisation du droit national avec le droit de l'Union

167 - La définition d'une concentration peut être soit « objective » soit « économique ». La définition objective repose sur un critère numérique, tel que l'acquisition d'un pourcentage du capital de la cible, cependant qu'une définition économique permet de vérifier qu'une concentration pourrait avoir un effet anticoncurrentiel, tel que la perte d'indépendance stratégique de la cible. Le critère économique est par nature plus complexe à mettre en œuvre pour les entreprises concernées, car il nécessite une interprétation de la notion d'« acquisition d'influence déterminante » ou « significative » ou « matérielle » pour qu'une opération soit notifiable. En revanche, plus flexible, ce critère permet de mieux cerner l'ensemble des opérations qui pourraient être problématiques dans la mesure où il est applicable, outre aux opérations capitalistiques, à un grand nombre de formes d'intégration qui n'impliquent pas de transaction sur le capital ou seulement une acquisition très minoritaire de participation au capital.

168 - En droit français, l'article L. 430-1 donne une définition de l'opération de concentration qui ne diffère pas de celle figurant dans l'article 3 du règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004, comme le souligne d'ailleurs l'Autorité de la concurrence dans ses Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations. C'est donc l'acquisition du contrôle, lui-même défini comme la capacité d'exercer « une influence déterminante », sur une autre entreprise qui constitue le critère clé d'une concentration. L'influence déterminante recouvre la capacité de veto sur des décisions stratégiques, la possibilité de nommer certains responsables, la possibilité de gérer les actifs de la société cible, celle de déterminer sa politique commerciale ou sa structure organisationnelle. Si les concentrations capitalistiques, qui se traduisent par l'acquisition d'une participation

majoritaire ou d'une participation minoritaire conférant à son détenteur un contrôle exclusif positif ou négatif, ne posent guère de problèmes d'interprétation, tel n'est pas le cas, en revanche, des concentrations non capitalistiques telles que les concentrations par acquisition d'actifs, les fusions de fait ou les concentrations sur base contractuelle.

(b) Les fusions de fait

169 - Dans ses Lignes directrices, l'Autorité de la concurrence indique vouloir contrôler tant les fusions « de droit » que les fusions « de fait ». Elle précise que les fusions de droit peuvent être réalisées soit, par création d'une nouvelle entreprise soit, par absorption d'une entreprise par une autre. Quant aux fusions de fait, elles sont soumises à contrôle « [...] dès l'instant où elles conduisent à la réunion d'activités d'entreprises antérieurement indépendantes au sein d'un seul et même ensemble économique. L'existence d'une gestion économique unique et durable est une condition nécessaire pour déterminer si l'on est en présence d'une telle concentration. Pour le déterminer, l'Autorité prend en considération toutes les circonstances de droit et de fait permettant de qualifier l'opération. Elle peut, de plus, tenir compte dans son appréciation de différents facteurs tels que l'existence de participations croisées, la consolidation de leurs comptes, la compensation des profits et des pertes entre les entreprises réunies par l'opération, la répartition des recettes entre les différentes entités, ou leur responsabilité solidaire » (paragraphe 27). « Par exemple, dans le secteur mutualiste, les structures utilisées pour le rapprochement (Union mutualiste de groupe ou UMG ; Société de groupe d'assurance mutuelle ou SGAM) impliquent des liens de solidarité financière importants et durables entre les entités concernées et la combinaison de leurs comptes. Leur création est donc analysée comme une fusion » (paragraphe 28).

170 - Or, comme le soulignent certains spécialistes, la seule circonstance que des sociétés consolident leurs comptes pour faire face à des problèmes de solvabilité n'est pas incompatible avec le fait qu'elles gardent leur indépendance stratégique. Les contrats d'affiliation permettent en effet le maintien de l'indépendance stratégique des

entités affiliées. Dès lors, il n'apparaît pas justifié que, comme le suggère le paragraphe 28 précité des Lignes directrices, la consolidation des comptes soit un critère de définition d'une fusion de fait. En outre, il semble que la notion de fusion de fait n'est pas inconnue en droit européen des concentrations (elle a, par exemple, été utilisée dans l'affaire Hoechst/Rhône Poulenc – décision du 10 août 1999). Mais, tant en droit européen qu'en droit national, d'autres critères que la consolidation comptable sont pris en compte pour définir une fusion de fait. Il serait donc particulièrement utile d'avoir des éclaircissements sur les critères utilisés par l'Autorité de la concurrence pour permettre aux entreprises de savoir quand elles doivent notifier une opération.

(c) Les acquisitions d'actifs

171 - Pour les concentrations consistant en une acquisition d'actifs, le contrôle de la concentration ne peut s'appliquer que pour autant que ces éléments d'actifs « constituent une activité se traduisant par une présence sur un marché à laquelle un chiffre d'affaires peut être rattaché sans ambiguïté » (Lignes directrices, paragraphe 22). La réalité est pourtant moins claire. Au moment de l'instruction, il est, en effet, souvent difficile d'évaluer le chiffre d'affaires associé à l'actif dans la mesure où il ne sera connu qu'une fois l'opération terminée et l'actif exploité par son acquéreur.

(d) Les participations minoritaires non contrôlantes

172 - Par opposition au cas où la concentration est définie par le dépassement d'un seuil « objectif » de participation où, cas dans lequel ce seuil peut être fixé à un niveau faible, comme en droit allemand ou autrichien (où il est égal à 25 %), la définition d'une concentration par référence à l'acquisition du contrôle ou d'une influence déterminante sur la cible ne permet pas d'appréhender les prises de participations minoritaires non contrôlantes. À la suite de l'acquisition, par Ryanair, d'une participation minoritaire non contrôlante dans le capital de son principal concurrent Aer Lingus que la Commission n'a pu contrôler (voir Décision du

11 octobre 2007, COMP/M.4439 Ryanair/Aer Lingus), un débat s'est engagé, en Europe, sur l'extension du contrôle à la participation minoritaire qui ne confère pas à son détenteur une influence déterminante sur la cible.

173 - Trois pays européens sont à l'heure actuelle en capacité de contrôler de telles prises de participation : au Royaume-Uni, pays dans lequel il n'y a pas de notification obligatoire, l'acquisition d'une participation minoritaire de 25 % crée une présomption réfragable d'« influence matérielle » de l'acquéreur sur la cible ; en Allemagne et en Autriche si l'acquéreur exerce sur la cible « une influence compétitive matérielle ». Par ailleurs, au Japon la *Japanese Fair Trade Commission* est compétente si l'acquéreur obtient 20 % ou plus du capital de la cible et que cette acquisition en fait le plus gros actionnaire de l'entreprise ou si l'acquéreur détient 50 % des droits de vote. Enfin, aux États-Unis les concentrations par lesquelles l'acquéreur obtient plus de 10 % du capital de la cible sont notifiables aux autorités de concurrence.

174 - La raison principale pour laquelle une autorité de la concurrence pourrait souhaiter pouvoir contrôler les prises de participation non contrôlantes est que, si l'acquisition d'une participation minoritaire ne confère pas le contrôle de l'entreprise cible, elle peut cependant modifier les incitations du détenteur de la participation qui aura moins intérêt à l'avenir à ce que l'entreprise qu'il contrôle concurrence l'entreprise cible. Or, de tels effets coordonnés sont difficiles à traiter *a posteriori* par le biais du contrôle des comportements. Aussi peut-il être nécessaire d'exercer un contrôle *a priori* sur de telles prises de participation.

175 - L'initiative de la Commission a rencontré une forte résistance fondée sur la lourdeur des coûts de notification et de la rareté des cas dans lesquels le contrôle est justifié (voir à ce propos le rapport par établi par *Spark Legal Network et Queen Mary University of London intitulé « Support Study for Impact Assessment Concerning the Review of Merger Regulation Regarding Minority Shareholdings », European Commission 2016*). Si la Commission semble avoir abandonné l'idée d'une modification en ce sens du contrôle de la concentration européen, il n'est cependant pas certain que la question ne retrouve pas une certaine actualité dans les années à venir. En effet, certaines recherches académiques nord-américaines suggèrent que le degré de concentration financière a tendance

à croître assez rapidement en raison de la concentration du capital chez un petit nombre d'investisseurs institutionnels disposant de vastes ressources. Ces fonds tendent à acquérir des participations minoritaires dans le capital de différents concurrents sur un même marché et, même si ces participations ne permettent pas aux investisseurs d'exercer une influence déterminante sur les entreprises dans lesquelles ils ont investi, certains économistes croient déceler un affaiblissement de la concurrence sur ces marchés. Ainsi s'est créée une polémique sur le fait que le droit de la concentration était, tel que pratiqué à l'heure actuelle, insuffisant pour préserver la concurrence sur les marchés. Si de telles études étaient confirmées, il se pourrait qu'un renforcement du contrôle de la concentration soit recherché.

176 - Si elle était reprise, la proposition d'appréhender les participations minoritaires non contrôlantes devrait être soigneusement examinée. En effet, tout d'abord, il est loin d'être établi que le bénéfice à retirer de l'instauration d'un seuil permettant de contrôler toutes les participations minoritaires non contrôlantes est proportionné au coût social qu'une telle mesure imposerait en termes de notification et de contrôle de très nombreuses opérations sans effet sur la concurrence. Ensuite, le choix d'un seuil au-delà duquel la prise de participation minoritaire non contrôlante est notifiable est difficile à arrêter dans la mesure où la détention d'une participation minoritaire dans le capital d'une entreprise concurrente est moins liée à la proportion du capital détenu qu'à la valeur des participations acquises dans l'entreprise concurrente. En tout état de cause, si un tel contrôle était envisagé, il devrait préciser les critères permettant de distinguer les participations minoritaires passives des participations minoritaires actives. Enfin, il existe des alternatives à l'établissement d'un seuil pour la notification des participations minoritaires non contrôlantes, comme la possibilité de permettre à la Commission ou à l'Autorité de la concurrence de se saisir d'une opération non notifiable, lorsqu'elles craignent qu'une telle opération soit néanmoins susceptible de porter atteinte à la concurrence. Cette solution, envisagée dans certains pays, a l'inconvénient de permettre à l'Autorité de concurrence d'agir discrétionnairement, mais l'avantage de ne pas imposer un coût de notification aux parties à un grand nombre d'opérations dépourvues de risques pour la concurrence.

(e) La franchise

177 - En ce qui concerne les contrats de franchise, dans sa Communication consolidée sur la compétence de la Commission européenne en vertu du règlement n° 139/2004, la Commission indique que ces accords « ne permettent pas, en principe, au franchiseur de contrôler les activités du franchisé. Le franchisé exploite généralement les ressources de l'entreprise pour son compte propre, même lorsque l'essentiel des éléments d'actifs appartient au franchiseur ». Elle rappelle également que, « afin de conférer un contrôle, le contrat doit conduire à un contrôle de la gestion et des ressources de l'autre entreprise équivalant à celui obtenu par l'acquisition d'actions ou d'éléments d'actifs. Outre le transfert du contrôle de la direction et des ressources, ces contrats doivent se caractériser par une durée extrêmement longue (habituellement sans possibilité de dénonciation anticipée par la partie octroyant les droits contractuels) » (paragraphe 18). Ainsi, s'agissant de magasins indépendants exploités dans le cadre d'un contrat d'enseigne, la conclusion initiale de ces contrats, à elle seule, ne constitue généralement pas une opération de concentration. Il en est de même *a priori* lorsque ces magasins s'affilient à un autre réseau et changent d'enseigne.

178 - Plus rigoureuse, l'Autorité de la concurrence observe, dans ses Lignes directrices, que l'introduction, par la loi LME du 4 août 2008, de seuils de contrôlabilité spécifiques au commerce de détail a entraîné un accroissement du nombre de notifications qui mettent en cause des questions spécifiques aux réseaux de distribution et qu'en particulier, plusieurs grands réseaux, qu'il s'agisse de la grande distribution alimentaire ou spécialisée, ont opté pour un mode d'organisation liant contractuellement des « adhérents du réseau » (concessionnaires, franchisés, coopérateurs, etc.) à une « tête de réseau » qui peut être un concédant, un franchiseur ou une coopérative de commerçants par exemple. Incitée à traiter de nombreuses affaires de franchise dans le secteur de la distribution, l'Autorité de la concurrence adopte vis-à-vis de ceux-ci une attitude plus pointilleuse que celle suggérée par la Commission. Elle indique notamment que « d'autres éléments de droit ou de fait, pris conjointement avec les divers contrats de franchise, d'adhésion, d'enseigne ou de panonceau sont cependant susceptibles, de conférer à la tête de

réseau une influence déterminante sur ses adhérents » (paragraphe 624). Il serait donc souhaitable que, sur cette question, l'approche nationale soit harmonisée avec la pratique de la Commission.

(f) Les coopératives agricoles

179- Une autre particularité du droit français de la concentration concerne la grande attention portée aux opérations concernant les coopératives agricoles. Comme elle l'indique dans ses Lignes directrices, « [...] l'Autorité de la concurrence veille à ce qu'une opération de concentration n'ait pas pour effet de supprimer, pour les agriculteurs d'un marché géographique donné, toute possibilité de choix pour l'écoulement de leurs produits ou leur approvisionnement en produits d'agrofourniture. Il convient que les adhérents puissent trouver d'autres débouchés pour leurs produits ou d'autres sources d'approvisionnement en intrants. Cette analyse est faite au cas par cas et de façon concrète en fonction des caractéristiques des marchés en cause » (paragraphe 671).

Proposition n° 47 : Dans les Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, préciser :

- la notion de fusion de fait ;***
- la notion de concentration par acquisition d'actifs ;***
- les critères d'application du contrôle des concentrations aux coopératives agricoles.***

Revoir les critères d'application du droit des concentrations aux contrats de franchise pour les rapprocher de ceux de la Commission.

Approfondir la réflexion sur l'extension du contrôle aux opérations de prise de participation minoritaires non contrôlantes.

2.2 Les seuils de contrôlabilité des concentrations

(a) La différenciation des seuils selon les activités des entreprises

180 - Les interactions entre les autorités nationales et européennes de la concurrence en matière de contrôle de la concentration sont d'autant plus fructueuses et fertiles que le droit national de la concentration est aligné sur le droit européen. Tel est le cas en France où les pouvoirs publics ont choisi, sans y être contraints, un régime national de contrôle de la concentration qui est très proche du contrôle européen. Ainsi, les opérations dépassant les seuils de contrôlabilité établis par le droit national, mais n'atteignant pas les seuils européens, doivent être notifiées et leur réalisation est soumise à l'autorisation préalable de l'Autorité de la concurrence. Comme en droit européen, le critère utilisé en France, pour qu'une concentration soit notifiable, repose sur des seuils en valeur absolue de chiffres d'affaires des parties à l'opération sur le territoire national. Ainsi, l'opération est contrôlable si 1) le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 150 millions d'euros ; 2) le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 50 millions d'euros et 3) l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139/2004 (article L. 430-2 du Code de commerce).

181 - Il s'agit donc, comme en droit européen, de seuils objectifs, en chiffre d'affaires, et non de seuils en parts de marché. N'étant pas dépendants de l'appréciation nécessairement subjective du périmètre du marché pertinent à partir duquel il convient de calculer des parts de marché, les seuils en valeur absolue offrent donc une plus grande sécurité juridique. Cependant, une discussion a été entreprise en 2016 par la Commission sur la question de l'adjonction aux seuils actuels d'autres critères, afin d'appréhender certaines catégories de concentrations dans des secteurs particuliers, comme les services numériques et les produits pharmaceutiques. En ce sens, la Commission faisait valoir qu'« avec les seuils actuellement prévus par le règlement UE sur les concentrations, les acquisitions de sociétés cibles qui ne génèrent pas

encore un chiffre d'affaires important, mais qui ont un fort potentiel de marché, ce qui peut se traduire par un prix d'acquisition élevé, ne doivent pas être notifiées à la Commission. Ce cas de figure peut se rencontrer, en particulier, dans le secteur des services numériques. Des situations similaires peuvent survenir dans l'industrie pharmaceutique, lorsque des acteurs bien établis acquièrent des sociétés de biotechnologie de forte valeur capitalistique qui possèdent des produits en cours de développement n'ayant pas encore été mis sur le marché et qui, dès lors, ne génèrent pas un chiffre d'affaires important. » La Commission déplorait, en effet, ne pas voir soumises à sa compétence « naturelle » des acquisitions à des prix significatifs, telles que l'acquisition de WhatsApp par Facebook en 2014 pour 19 milliards de dollars ou celle de Pharmacyclics par AbbVie en 2015 pour 21 milliards de dollars, les chiffres d'affaires de ces cibles restant en dessous des seuils européens.

La proposition de modifier les seuils pour la notification des opérations de concentration semble être abandonnée, mais si elle devait revoir le jour, elle susciterait plusieurs réticences. En premier lieu, il est loin d'être sûr que dans les industries de technologie avancée, la capitalisation élevée de certaines start-up constitue un indicateur fiable de leur capacité à acquérir une position forte sur un marché en quelques années (l'horizon de temps du contrôle de la concentration est rarement supérieur à quatre ou cinq ans). Des effets de mode ou de « bulles » expliquent fréquemment la disproportion entre la capitalisation de certaines nouvelles entreprises et leur présence sur le marché. En deuxième lieu, le seuil de disproportion entre le montant du chiffre d'affaires et la capitalisation qui déclencherait le contrôle de la concentration serait pour le moins difficile à définir et rajouterait une dose d'arbitraire à celle qui résulte des seuils de valeur absolue de chiffres d'affaires. En troisième lieu, il est dangereux de créer des seuils différents selon les secteurs d'activité car cela ouvre la voie à des demandes de traitement spécifiques par de nombreux secteurs qui seront difficiles à refuser, ce qui ne pourra que brouiller le contrôle de la concentration.

Certes le droit de la concurrence français comporte déjà des dispositions particulières concernant les seuils de contrôlabilité des opérations de concentrations dans le secteur de la distribution. Bien que l'on puisse

s'interroger sur l'intérêt de cette disposition dérogatoire au droit commun de la concentration tant du point de vue de son efficacité pour résoudre les problèmes de concurrence qui peuvent se poser dans ce secteur que du point de son coût pour l'Autorité de la concurrence et pour la collectivité (cf. infra les seuils en droit français des concentrations), à tout le moins elle ne déroge pas, contrairement à ce qui a été envisagé pour les secteurs des services numériques ou des produits pharmaceutiques, au principe selon lequel le chiffre d'affaires des parties à l'opération de concentration est l'indicateur qui procède du meilleur arbitrage entre les deux considérations que sont, d'une part, le souci de ne contrôler que les opérations dont il existe des raisons de penser qu'elles pourraient poser un problème de concurrence et, d'autre part, le souci de sécurité juridique pour les entreprises.

Se fonder sur un indicateur tel que le montant de la capitalisation pour séparer les concentrations non problématiques de celles qu'il convient d'examiner revient à utiliser un indicateur qui est décorrélé de l'importance de la présence sur le marché des parties à l'opération et qui, en outre, est de nature à faire apparaître les concentrations entre entreprises innovantes comme particulièrement problématiques.

Proposition n° 48 : Résister à tout projet en droit européen visant à différencier les critères de contrôle des opérations de concentration en fonction de la nature de l'activité des parties à l'opération.

(b) Les seuils en droit français des concentrations

182 - Outre les seuils généraux ci-dessus indiqués pour le droit français, des seuils particuliers plus faibles ont été ajoutés par la loi LME du 4 août 2008 pour ce qui concerne les opérations de concentration dans la distribution et celles survenant dans les territoires d'outre-mer. Ainsi, lorsque deux au moins des parties à la concentration exploitent un ou plusieurs magasins de commerce de détail, la concentration est notifiable si : 1) le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 75 millions d'euros, 2) le chiffre d'affaires total hors

taxes réalisé en France dans le secteur du commerce de détail par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 15 millions d’euros et 3) l’opération n’entre pas dans le champ d’application du règlement n° 139/2004 (article L. 430-2-II du Code de commerce). Enfin, les mêmes seuils s’appliquent aux concentrations pour lesquelles l’une des parties exerce tout ou partie de son activité dans un ou plusieurs départements d’outre-mer ou dans les collectivités d’outre-mer de Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin et Saint-Barthélemy (III du même article).

183 - L’examen du contrôle exercé par l’Autorité de la concurrence depuis 2012 permet de dresser le tableau suivant :

Année	2012	2013	2014	2015	2016
Saisines	193	214	192	218	230
<i>Dont renvois de la Commission</i>	2	2	3	5	
Décisions	185	201	200	192	
<i>Dont autorisations</i>	173	194	190	186	
<i>Dont engagements</i>	10	7	10	6	
<i>Dont injonctions</i>	1	0	0	0	
<i>Dont inapplicabilités du contrôle</i>	1	0	0	0	
Parmi les décisions autres que les décisions d’autorisation :					
<i>Décisions phase I</i>	9	5	9	6	
<i>Décisions phase II (analyse approfondie)</i>	3	2	1	0	

Ainsi, sur la période, moins de 4,5 % des opérations notifiées ont donné lieu à une décision de phase I ou de phase II, moins de 8/1 000 ont donné lieu à une décision de phase II et moins de 4,5 % ont donné lieu à une décision d'approbation après engagement ou injonction, cependant que près de 96 % des concentrations examinées ont fait l'objet d'une autorisation sans restriction. Il est estimé qu'environ soixante des opérations notifiées chaque année le sont sous une forme simplifiée ne donnant pas lieu à une véritable analyse. Si l'on enlève soixante décisions formelles par an, il reste que le nombre de décisions ayant justifié un examen autre que purement formel est de 538 et seuls 6,5 % de ces décisions ont donné lieu à une décision de phase I ou de phase II ou à des engagements ou des injonctions.

184 - Il est certain que le choix des seuils de notification résulte toujours d'un arbitrage entre deux considérations. D'un côté, un seuil trop élevé risque de permettre à des opérations problématiques du point de vue de la concurrence d'échapper au contrôle, tandis que, d'un autre côté, un seuil trop faible fait peser sur l'Autorité de la concurrence et sur les entreprises un coût élevé de notification et d'instruction largement injustifié. Au vu des chiffres ci-dessus rapportés, on peut se demander si les seuils de contrôle de la concentration ne sont pas, en France, fixés à des niveaux qui sont trop bas, obligeant l'Autorité de la concurrence à traiter essentiellement d'opérations qui ne posent aucun problème concurrentiel, infligeant de ce fait un coût non négligeable de notification inutile à la collectivité et aux entreprises.

185 - On observe cependant que, pour la période allant de 1990 à mai 2016, le pourcentage de 6,5 % d'opérations ayant donné lieu à des engagements ou des injonctions (obtenu après avoir éliminé les 60 opérations notifiées de façon purement formelle) est le même que le pourcentage d'opérations « problématiques » pour lesquelles la Commission a décidé des interdictions ou imposé des remèdes (voir <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>). Ceci suggère, à tout le moins, que la situation en France, si elle n'est pas satisfaisante, n'est cependant pas unique et qu'une réflexion sur le niveau approprié des seuils en matière de contrôle de la concentration devrait sans doute être lancée dans un cadre plus large que le strict cadre national.

Proposition n° 49 : *Entreprendre, tant au plan national que dans un cadre élargi à l'Union européenne, une réflexion sur les seuils fixés pour les opérations de concentration soumises à contrôle.*

2.3 L'appréciation substantielle des opérations de concentration

186 - Si l'examen des effets sur la concurrence des opérations de concentration au moyen d'instruments d'analyse économique est généralement bien accepté et suscite peu de commentaires, il reste sur l'appréciation substantielle des opérations de concentration deux sujets de controverses : la délimitation des marchés pertinents (sujet commun au contrôle de la concentration et à l'abus de position dominante) et la prise en compte du progrès économique associé aux opérations de concentration. L'évocation de l'un ou l'autre de ces sujets auprès des chefs d'entreprise amenés à se concentrer suscite généralement des commentaires critiques à l'égard des autorités de concurrence en général et à l'égard de l'Autorité française en particulier.

(a) La délimitation des marchés pertinents

187 - D'une manière générale, la délimitation du marché pertinent est source d'incompréhension entre les autorités de concurrence et les professionnels, principalement en raison de la différence entre la vision stratégique à long terme de l'entreprise initiatrice de l'opération qui anticipe la modification des marchés consécutive à l'opération et la vision, immédiate, en cas de pratique anticoncurrentielle, ou à court terme, en matière de contrôle des concentrations, de l'Autorité de la concurrence. Une partie substantielle de leur divergence de vues est donc due à une différence de perspective temporelle. En outre, afin de pouvoir intervenir, l'Autorité est incitée à définir les marchés de façon étroite, tandis que les entreprises qui notifient des opérations de concentrations, ou qui sont l'objet d'une investigation, ont une incitation à élargir la définition du marché afin de minorer leur pouvoir de marché présent ou à venir. D'où une suspicion mutuelle ressentie durant les auditions et contributions recueillies.

Il n'existe, toutefois, pas d'éléments décisifs suggérant que l'Autorité de la concurrence minore, en général, la taille des marchés pertinents au-delà de ce que commande légitimement la logique des préoccupations de prix dans le court voire moyen terme. La récente décision concernant le rapprochement Fnac/Darty (Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016) dans laquelle l'Autorité de la concurrence a pour la première fois défini un marché de la distribution incluant les canaux de distribution en ligne et en magasins atteste de la flexibilité des analyses de l'Autorité de la concurrence. De façon plus générale, il semble que, pour autant que les données soient disponibles pour la définition des marchés pertinents, l'Autorité de la concurrence applique le test du monopoleur hypothétique qui est reconnu comme le test économique le plus adéquat.

(b) La prise en compte des effets d'efficience

188 - En revanche, la situation est moins satisfaisante pour ce qui concerne la prise en compte des éventuels effets d'efficience associés à des opérations de concentration. En premier lieu, la question se pose de savoir quel est l'objectif du droit de la concurrence. Sur le plan européen, depuis le début des années 2000, la Commission a clairement indiqué que, au regard du droit européen, l'objectif recherché était la protection du surplus des consommateurs bien que selon certains auteurs (Wouter Wills, etc.) cette position n'ait aucune base textuelle. Ce qui signifie, en pratique, que si une concentration a simultanément des effets anticoncurrentiels et des bénéfices de gains d'efficience, ces derniers ne seront pris en compte que s'ils se traduisent, pour les consommateurs, par des baisses de prix qui compensent ou dépassent les éventuels effets anticoncurrentiels de l'opération. Si, en revanche, l'opération se traduit par une hausse des prix pour les consommateurs et une baisse des coûts pour les entreprises, ces gains d'efficience ne seront pas comptés à l'actif de l'opération de concentration, quelle que soit leur importance. De même, si une concentration se traduit par une augmentation des prix sur un marché, mais des gains d'efficience qui permettent de baisser les prix sur un autre marché, ceux-ci ne seront pas comptés à l'actif de l'opération.

189 - Les économistes sont divisés sur la légitimité de cette vision. Nombre d'entre eux suggèrent qu'une approche alternative, plus en ligne avec la logique microéconomique, serait le critère du surplus global. En application de ce critère, une concentration serait autorisée si les gains d'efficacité associés à l'opération de concentration sont plus importants que les pertes de surplus du consommateur associées à la diminution de l'intensité de la concurrence qu'elle implique, même si ces gains d'efficacité ne se traduisent pas par des baisses de prix pour les consommateurs. L'idée sous-jacente à la théorie dite du « surplus global », est que dès lors que la collectivité comporte tant des consommateurs que des producteurs, une concentration qui améliore le sort des uns plus qu'elle ne dégrade le sort des autres améliore le sort net de la collectivité. Divers pays tels l'Australie, la Norvège ou la Nouvelle-Zélande appliquent ce critère tandis qu'en France, l'Autorité de la concurrence française s'en tient à celui du « surplus du consommateur ».

190 - Dès lors qu'une autorité de la concurrence choisit d'utiliser le critère du surplus du consommateur, il incombe aux entreprises parties à une concentration qui pourrait avoir des effets concurrentiels de démontrer que les gains d'efficacité qu'elles enregistreront se traduiront par des baisses de prix pour les consommateurs qui compenseront et au-delà les effets anticoncurrentiels de l'opération. Cependant, dans les faits, il est quasiment impossible aux parties à l'opération de rapporter cette preuve pour un ensemble de raisons.

En premier lieu, dès lors qu'il est admis que l'opération aura des effets anticoncurrentiels, l'Autorité de la concurrence estime qu'une fois l'opération effectuée et le pouvoir de marché des entreprises parties à l'opération renforcé, l'entreprise issue de la concentration n'aura aucune incitation à transmettre aux consommateurs tous les avantages associés à ses gains d'efficacité de telle sorte qu'en général, et sauf à ce que les gains d'efficacité soient très importants, les prix augmenteront pour les consommateurs.

En deuxième lieu, l'Autorité de la concurrence applique un double standard dans son raisonnement. Il suffit pour qu'une opération de concentration soit interdite qu'elle établisse la possibilité d'effets anticoncurrentiels associés à l'opération, tandis que les entreprises qui invoquent les

gains d'efficience qui lui sont associés doivent démontrer que ces gains seront certains et se traduiront effectivement par une baisse des prix pour les consommateurs. Or, en utilisant des modèles économiques, il est pratiquement impossible de démontrer que des effets d'efficience se manifesteront avec une absolue certitude.

En troisième lieu, à supposer qu'ils se traduisent par une baisse des prix pour les consommateurs, l'Autorité de la concurrence n'accepte la prise en compte des effets positifs d'efficience, que s'il est démontré que ceux-ci n'auraient pas pu être obtenus autrement que par l'opération de concentration anticoncurrentielle projetée.

En quatrième lieu, l'Autorité de la concurrence, considérant qu'il appartient aux seules parties à l'opération d'établir l'existence de gains d'efficience qui sont associés à une concentration, peut se contenter, pour récuser les analyses produites par les parties à l'opération, de soutenir que certaines « hypothèses » des modélisations qui permettent d'évaluer ces gains « ne sont pas démontrées », sans avoir à proposer des analyses alternatives crédibles suggérant l'absence de tels gains d'efficience.

En cinquième lieu, l'Autorité de la concurrence examine les effets d'une opération de concentration dans le court ou moyen terme, à un horizon maximum de cinq ans, estimant que des effets à plus long terme sont trop spéculatifs pour être pris en compte. Or il est vraisemblable que les gains d'efficience associés à une concentration ne se révéleront qu'une fois l'intégration réalisée, alors que les effets anticoncurrentiels, tels qu'une hausse de prix, peuvent se manifester plus rapidement. Ainsi, la brièveté de l'horizon de temps de l'analyse des effets de l'opération par l'Autorité de la concurrence ne permet pas toujours aux parties de faire valoir les gains d'efficience différés, même si leur valeur actualisée est importante. Qui plus est, si une opération restrictive de concurrence dans le court terme permet, dans le long terme des gains d'effectivité ultérieurement répercutés sur les prix aux consommateurs, il reste que le surplus du consommateur aura diminué dans le court terme, ce qui pourra être un motif d'absence de prise en compte des gains d'efficience.

Enfin, et ainsi qu'il résulte d'une récente table ronde du comité de la concurrence à l'OCDE, les autorités de la concurrence sont plus sensibles

aux effets prix qu'aux effets qualité. Ceci implique que l'amélioration de la qualité des produits ou services offerts par les parties à la concentration sera plus difficile à faire valoir que d'éventuelles économies de coûts.

De l'ensemble de ces éléments, il résulte qu'il est en pratique très difficile de faire valoir devant l'Autorité de la concurrence que des gains d'efficacité justifieraient l'autorisation d'une concentration qui a par ailleurs des effets anticoncurrentiels, de sorte que les entreprises parties à une concentration renoncent à présenter des analyses approfondies pour apporter la preuve de gains d'efficacité.

En bref, le débat sur les gains d'efficacité associés aux opérations de concentration est pour l'essentiel absent du contrôle de la concentration. Ceci emporte au moins deux conséquences dommageables. Il est d'abord certain qu'en France, comme d'ailleurs dans la plupart des autres pays qui ont la même pratique de contrôle, les entreprises parties à une opération de concentration ne sont pas incitées à faire, pour elles-mêmes, des analyses poussées sur les gains d'efficacité attendus de leurs opérations de concentration. Il est également possible que notre système de contrôle dissuade des concentrations qui auraient été dans l'intérêt général, à défaut d'être dans l'intérêt étroit des consommateurs. Au total, il serait nécessaire de réintroduire la prise en compte des gains d'efficacité dans le contrôle de la concentration.

Proposition n° 50 : Mieux prendre en compte les gains d'efficacité dans le contrôle de la concentration en alignant le standard de preuve des effets d'efficacité associés aux concentrations sur le standard de preuve utilisé pour établir les effets anticoncurrentiels de ces concentrations et en traitant de façon symétrique les atteintes à la concurrence et les contributions au progrès économique.

2.4 La mise en œuvre du contrôle

191 - S'agissant de la mise en œuvre du contrôle des concentrations, il convient de s'arrêter sur les difficultés d'articulation des contrôles au sein de l'Union européenne, en droit français, sur le délai de délivrance du certificat de complétude, l'indication, dans le dossier de notification des parts des marchés concernés par l'opération de concentration et, à la suite d'une décision récente sur le prononcé de sanction, en cas de mise en œuvre d'une opération de concentration notifiée avant autorisation.

(a) L'articulation des contrôles dans l'Union européenne

192 - Le système dit de guichet unique, mis en place lors de l'introduction du contrôle communautaire des concentrations en 1989 avec les atténuations découlant des mécanismes de renvoi, n'a pas empêché le développement des situations de plurinotifications. Les concentrations, qui ne sont pas soumises au contrôle du droit de l'Union, peuvent relever de plusieurs droits nationaux.

193 - Quoique précisément organisé, le système n'empêche pas toute difficulté et n'évite pas tous les risques de contradiction entre autorités nationales de concurrence dès lors, d'une part, que les régimes de contrôle de la concentration nationaux ne sont pas entièrement harmonisés et, d'autre part, que, même lorsqu'ils le sont, plusieurs autorités de concurrence nationales peuvent avoir à connaître une même concentration sans pour autant avoir la même analyse substantielle.

Il est possible que des concentrations qui ne satisfont pas les seuils européens, mais ont un effet dans deux États membres soient examinées par deux autorités nationales de concurrence. Ce phénomène est loin d'être marginal car, sur une période de trois ans (2011-2013), près de deux cent quarante opérations ont été notifiées à deux autorités de concurrence (Rapport de l'Autorité de la concurrence au ministre de l'Économie et des Finances « Pour un contrôle des concentrations plus simple, cohérent et stratégique en Europe », 16 décembre 2013). Dans certains cas, ces opérations, ont donné lieu à des conflits entre les autorités nationales. De

ce point de vue, l'affaire la plus emblématique, mais non la seule, est la concentration Eurotunnel/SeaFrance où les autorités de la concurrence française et britannique ont rendu des décisions contradictoires. Pour éviter la répétition de tels incidents, le rapport précité a fait trois recommandations principales : « 1. Permettre aux entreprises de solliciter le renvoi de dossiers de concentrations transfrontières à la Commission dès que deux autorités nationales de concurrence sont compétentes pour les traiter, au lieu de trois actuellement ; 2. Appliquer les règles de fond prévues par le droit de l'Union pour toutes les affaires de concentration contrôlables dans au moins deux États membres. Il s'agit d'unifier la notion de concentration et le test applicable à l'examen des effets des opérations de concentration sur la concurrence ; 3. Prévoir le recours à un comité de conciliation réunissant les autorités nationales de concurrence et la Commission européenne dans le cas où l'examen d'une concentration transfrontière présente des risques d'aboutir à des décisions divergentes ». Ces propositions de bon sens méritent d'être appuées.

Proposition n° 51 : Reprendre et soutenir les propositions du Rapport de l'Autorité de la concurrence au ministre de l'Économie et des Finances « Pour un contrôle des concentrations plus simple, cohérent et stratégique en Europe » du 16 décembre 2013 sur l'articulation des contrôles au sein de l'Union européenne.

(b) Le délai de délivrance du certificat de complétude

194 - L'une des étapes du contrôle de la concentration qui concentre les critiques en droit national concerne le point de départ du délai de vingt-cinq jours ouvrés, donné à l'Autorité de la concurrence par le I de l'article L. 430-5 du Code de commerce, pour se prononcer sur l'opération, sachant qu'en application de l'article L. 430-4, la réalisation effective de l'opération ne peut intervenir qu'après l'accord de ladite Autorité ou la décision du ministre chargé de l'Économie s'il a évoqué l'affaire. Ce délai relativement court prévu par l'article L. 430-5 est destiné à permettre aux entreprises d'obtenir une décision dans un délai rapide en raison de l'urgence qui, en général, s'attache à la réalisation d'une opération

de concentration. Il est prévu par L'article L. 430-5 que le délai court « à compter de la date de réception de la notification complète ». L'article L. 430-3 du Code de commerce prévoit que le contenu du dossier de notification est fixé par décret. L'annexe 4-3 du Livre IV du Code de commerce prévoit que le dossier doit notamment contenir une définition de chaque marché pertinent concerné, l'indication de la part de marché des entreprises concernées par l'opération et des groupes auxquelles elles appartiennent sur ces marchés pertinents ainsi que celle des principaux opérateurs concurrents.

195 - Dans les faits, les rapporteurs semblent maîtres de la date de départ du délai car ils ont d'amples possibilités pour faire durer, parfois jusqu'à six mois, la période de prénotification en formulant des demandes complémentaires aux entreprises. Une autre pratique dénoncée est celle par laquelle le certificat de complétude du dossier de notification n'est envoyé aux parties qu'au moment où la décision de l'Autorité est sur le point d'être prise, permettant ainsi aux rapporteurs de se réserver la possibilité de demander des éléments complémentaires pendant toute la durée de l'instruction et maintenant les parties dans une situation d'incertitude.

196 - Dès lors, le mécanisme de contrôle de la concentration n'offre ni la sécurité juridique, sur le plan de la notification des opérations, ni la célérité du traitement qui seraient désirables (voir la contribution de l'AFEP au présent rapport).

Proposition n° 52 : Préciser le délai de délivrance du certificat de complétude dans le Code de commerce en distinguant les modalités selon la complexité des opérations et en tenant compte, le cas échéant, du dépôt par les entreprises d'une prénotification détaillée.

(c) Les informations à fournir dans le dossier de notification

197 - Telle que fixée par les textes précités, la constitution du dossier de notification appelle une seconde remarque. C'est précisément pour éviter que les parties aux opérations de concentration aient à faire face à une

insécurité juridique que les seuils déclenchant le contrôle de la concentration sont exprimés en valeur absolue et non en parts de marché. En effet, la définition d'un marché pertinent est particulièrement complexe et sujette à discussion. Il est donc considéré au plan international (par exemple dans le cadre de l'*International Competition Network* ou du Comité de la concurrence de l'OCDE) qu'il est de bonnes pratiques de définir des seuils en valeur absolue plutôt qu'en part de marché pour assurer une plus grande sécurité juridique aux parties quant à la question de savoir s'ils ont ou non à notifier.

198 - Faire dépendre le point de départ du délai d'examen de la concentration du fait que les parties ont fourni la définition des marchés pertinents, leur part sur ces marchés et la part de leurs concurrents les expose à une insécurité juridique. Les rapporteurs peuvent, en effet, estimer que les marchés pourraient ou devraient être définis différemment de ce que proposent les parties pour considérer que le dossier de notification n'est pas complet et pour demander des éléments supplémentaires ou différents de ceux fournis, allongeant d'autant le délai d'instruction du dossier.

199 - Les parties aux opérations de concentration font également valoir qu'il ne devrait pas leur incomber de fournir les parts de marché de leurs concurrents, information dont ils ne disposent que rarement, alors même que les rapporteurs du dossier ont la possibilité d'entendre ces concurrents.

Proposition n° 53 : *Supprimer, dans l'annexe 4-3 du Livre IV du Code de commerce, la nécessité d'indiquer dans le dossier de notification la définition de chaque marché pertinent concerné, l'indication de la part de marché des entreprises concernées par l'opération et des groupes auxquels elles appartiennent sur ces marchés pertinents ainsi que celle des principaux opérateurs concurrents.*

(d) La mise en œuvre avant autorisation

200 - La récente décision de l'Autorité de la concurrence SFR/Altice (Décision n° 16-D-24 du 8 novembre 2016) est la première application de l'article L. 430-8-II du Code de commerce qui sanctionne la réalisation, avant l'intervention de l'Autorité de la concurrence, d'une opération

de concentration notifiée. Les commentaires, dont cette décision qui a prononcé des sanctions pécuniaires très élevées, posent plusieurs questions qui mériteraient des éclaircissements.

201 - La première question porte sur la possibilité pour les parties à l'opération de prendre, pendant la période d'instruction, des mesures préparatoires leur permettant, une fois l'autorisation donnée, de mettre en œuvre sans délai les synergies que l'opération leur permet ainsi que sur les limites de ces mesures préparatoires.

À cet égard, dans la décision précitée, l'Autorité de la concurrence considère que « des échanges d'informations stratégiques qui ont pour objet ou pour effet de préparer la réalisation de l'opération à l'issue de la décision de l'Autorité de la concurrence constituent de fait un contournement du caractère suspensif de la procédure de contrôle des concentrations » (point 266). Au regard de cette motivation, une information plus précise de l'Autorité sous forme de Lignes directrices sur les clauses de stand still et sur les conditions dans lesquelles les entreprises parties à une opération de concentration peuvent préparer la réalisation de l'opération si celle-ci est autorisée serait bienvenue.

202 - D'autres questions n'ont pas, à ce stade, de réponse évidente. Qu'arriverait-il si, à la suite des échanges préparatoires entre les parties, celles-ci renoncent à l'opération ? Pourraient-elles néanmoins être poursuivies pour contournement du caractère suspensif de la procédure alors même que l'opération n'a pas été réalisée ? Pourraient-elles être poursuivies au titre des dispositions interdisant les ententes anticoncurrentielles en raison du fait qu'elles ont échangé des informations stratégiques ? L'Autorité a-t-elle le choix entre deux fondements alternatifs ? Là encore, d'utiles précisions pourraient être apportées par l'Autorité de la concurrence.

203 - Un troisième type de question se pose : y a-t-il compatibilité entre la position prise par l'Autorité de la concurrence en matière de mise en œuvre anticipée d'une opération de concentration avant son autorisation et la pratique du contrôle de la concentration en matière de remèdes ? On sait, en effet, qu'une opération de concentration peut être autorisée moyennant la mise en œuvre de certains remèdes tels que, par exemple, le fait pour la partie qui acquiert la cible d'avoir trouvé un acquéreur

pour une partie des actifs acquis (*up front buyer or fix it first*). Mais il est, en l'état d'une jurisprudence très limitée, difficile de comprendre comment l'initiateur de l'opération pourrait trouver un acquéreur pour revendre une partie des actifs qu'il envisage d'acquérir s'il ne peut avoir accès à aucune information stratégique sur les actifs qu'il vend lui permettant d'en mesurer la valeur potentielle.

204 - Enfin, pour ce qui concerne la procédure, alors que celle-ci est précisée par les textes pour ce qui est des pratiques anticoncurrentielles ou pour ce qui concerne la non-exécution d'injonctions, de prescriptions ou d'engagements figurant dans la décision d'autorisation de l'opération de concentration (voir le III de l'article L. 430-8 du Code de commerce), elle n'est pas précisée pour la mise en œuvre des dispositions interdisant aux parties à une opération de mettre en œuvre une concentration avant l'autorisation par l'Autorité de la concurrence (cf. le II du même article). La seule chose acquise est que la procédure de transaction prévue à l'article L. 464-2 du Code de commerce cependant réservée aux pratiques anticoncurrentielles a été mise en œuvre lors du traitement de l'affaire précitée, ce qui suggère que l'Autorité de la concurrence a utilisé la procédure des infractions à la concurrence. Il serait utile que l'Autorité de concurrence précise la procédure applicable.

Proposition n° 54 : Préciser les conditions de fond et les règles de procédure applicables à la mise en œuvre de l'article L. 430-8-II du Code de commerce.

(e) Le rôle du ministre de l'Économie

205 - Lors du transfert du contrôle des concentrations au profit de l'Autorité de la concurrence, il a été décidé de laisser au ministre de l'Économie un droit d'évocation. Pour les affaires présentant une dimension stratégique, le ministre peut passer outre la décision de l'Autorité, en adoptant une décision motivée par des raisons d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence (développement industriel, compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale, création ou maintien de l'emploi).

Le principe d'une telle intervention, au demeurant également prévue dans d'autres États membres (Allemagne, Espagne, Royaume-Uni, notamment) peut paraître légitime. Deux constats conduisent malgré tout à mettre en cause l'utilité d'un tel mécanisme. En premier lieu, le droit positif offre déjà un certain nombre de moyens de contrôler les concentrations pour d'autres raisons que les objectifs de concurrence. Dans les secteurs dits sensibles, il faut tenir compte des contrôles exercés par les autorités sectorielles qui s'ajoutent au contrôle opéré par l'Autorité de la concurrence et qui ont pour objectif des raisons d'intérêt général autres que la concurrence (pluralisme des médias, stabilité du secteur financier, etc.). Par ailleurs, malgré le transfert de compétences opéré par le traité de Lisbonne au profit de l'Union européenne en matière de contrôle des investissements étrangers, en l'absence d'adoption d'un instrument européen, de nombreux États membres, dont la France, ont conservé leurs contrôles nationaux des investissements étrangers. Ce dernier est exercé en France précisément par le ministre de l'Économie, qui peut intervenir dans tous domaines, en particulier à l'égard des opérations dites stratégiques (voir par exemple, l'opération GE/Alstom). La récente proposition de la Commission sur le contrôle des investissements devrait permettre aux États de conserver ce contrôle des investissements étrangers tout en l'encadrant.

En deuxième lieu, l'exercice de ce pouvoir d'évocation risque d'être paralysé dès lors que l'opération n'est pas purement interne du fait de sa contrariété au droit de l'Union, en particulier si la concentration est intra-Union européenne (principe de liberté de circulation, soit libre circulation des capitaux, soit liberté d'établissement ; nécessaire respect de l'article 21, § 4, du règlement n° 139/2004).

206 - En tout état de cause, indépendamment de cette question de principe, si le maintien de ce droit d'évocation paraît nécessaire, les modalités de cette intervention posent problème. La rédaction actuelle de l'article L. 430-7-1 du Code de commerce mériterait à tout le moins d'être revue.

Les motifs d'intervention du ministre sont tout d'abord trop généraux. En droit de l'Union, en particulier, l'article 21, § 4, du règlement n° 139/2004 opère une distinction entre les intérêts légitimes de plein droit (soit la

sécurité publique, la pluralité des médias et les règles prudentielles) et les autres intérêts légitimes qui doivent être communiqués à la Commission et reconnus comme tels par cette dernière. Les deux derniers intérêts légitimes de plein droit – pluralité des médias et règles prudentielles – sont déjà pris en compte par les autorités sectorielles. Ne relève de la compétence du ministre de l'Économie que la sécurité publique, motif non mentionné dans la liste de l'article L. 430-7-1 du Code de commerce. En revanche, les motifs énumérés dans ce texte, qui devraient être acceptés par la Commission dès que l'opération est intraeuropéenne, ne font pas une claire distinction entre le maintien de la concurrence d'une part, et d'autres motifs légitimes. Tel est le cas en particulier de la compétitivité des entreprises au regard de la concurrence internationale.

207 - Le texte français soulève une deuxième difficulté. Le ministre de l'Économie peut intervenir aussi bien en phase I qu'en phase II et, dans ce cas, que l'Autorité autorise ou prohibe l'opération. Seul le droit britannique permet une intervention en phase I, mais cela s'explique au Royaume-Uni par la spécificité du système britannique, qui tient au caractère facultatif de la notification des concentrations et à l'absence de tout contrôle des investissements étrangers. Ces deux spécificités ne se retrouvent pas dans le système français. Dans les droits allemand ou espagnol, plus proches du contrôle français, ou existe également un contrôle national des investissements étrangers, le ministre de l'Économie ne peut intervenir que dans un seul cas de figure (§ 42 Gb, le ministre ne peut qu'autoriser une concentration prohibée par le *Bundeskartellamt* ; article 60 de la loi de 2007 en droit espagnol). Le groupe s'est interrogé sur le point de savoir si l'intervention du ministre était justifiée dans les deux hypothèses sans parvenir à un consensus.

Proposition n° 55 : Réécrire l'article L. 430-7-1 du Code de commerce en limitant l'intervention du ministre de l'Économie pour des raisons d'intérêt général tout en revoyant les motifs d'intervention pour éviter toute confusion avec l'analyse concurrentielle et en ajoutant la réserve « dans le respect du droit de l'Union, lorsqu'il est applicable ».

3. LES PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

208 - Une des singularités du droit français de la concurrence est de comprendre, dans un Livre IV du Code de commerce consacré à « La liberté des prix et de la concurrence », à côté des pratiques anticoncurrentielles (Titre II) et de la concentration économique (Titre III) des dispositions particulières regroupées dans un Titre IV sous l'intitulé « De la transparence des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées ». Sur le plan terminologique, le terme de « pratiques restrictives de concurrence » a été utilisé de longue date dans des conventions internationales. Mais aussi bien dans la Charte de La Havane, élaborée au début de 1948, que dans la résolution 35/63 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies au mois de décembre 1980 dans le cadre de la CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement), on entend par « pratiques restrictives de concurrence » les pratiques anticoncurrentielles : ententes, abus de position dominantes ou concentrations anticoncurrentielles. Le droit français leur donne toutefois un contenu bien différent qui trouve son origine dans l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

209 - Le groupe Donnedieu de Vabres qui a élaboré en juillet 1986 le projet d'ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence n'a, en effet pas échappé aux demandes contradictoires formulées, d'une part, par les fournisseurs qui souhaitaient limiter la pression des grands distributeurs et, d'autre part, par les grands distributeurs qui réclamaient une plus grande liberté d'action. Il a tenté de suivre une voie moyenne entre les différentes tendances présentes dans le groupe. Il s'est ainsi refusé à rendre l'adhésion aux barèmes des fournisseurs obligatoires, ce qui serait revenu à interdire les remises de coopération commerciale, mais il a maintenu l'obligation de les communiquer. Par ailleurs, il a préconisé de nouvelles règles pour la facturation. Enfin, sur le pré-supposé économiquement discutable que les prix imposés de revente et la revente à perte auraient « en eux-mêmes et, en toutes circonstances une incidence anticoncurrentielle », le groupe a proposé leur interdiction tout en résistant, de façon quelque peu contradictoire, au souhait des fournisseurs et commerçants traditionnels de supprimer l'exception d'alignement en cas de revente à perte. Depuis lors, par des lois successives, les disposi-

tions concernant ces pratiques commerciales unilatérales se sont considérablement multipliées et modifiées pour répondre à des objectifs variés parfois contradictoires : protéger les faibles contre les puissants ou au contraire redonner de la liberté aux acteurs économiques dans la relation commerciale, mais la plupart du temps éloignés de la promotion de la concurrence ou de la défense du surplus du consommateur.

3.1 L'interdiction de la revente à perte et des prix imposés : articles L. 442-1 à L. 442-10 du Code de commerce

210 - On notera tout d'abord que deux dispositions : l'article L. 442-2 du Code de commerce, qui interdit à tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif et l'article L. 442-5, qui interdit les prix imposés de revente, concernent directement les stratégies de prix des entreprises. Or l'analyse économique que rejoint la jurisprudence de la CJUE est défavorable à une interdiction *per se* de telles pratiques.

211 - La finalité de l'article L. 442-2 du Code de commerce qui interdit la revente à perte n'est en effet pas la protection de la concurrence. Comme l'indique une note de synthèse de l'OCDE de 2006, elle peut être contradictoire tant avec l'intérêt du consommateur qu'avec la protection de la libre concurrence. En outre, ainsi que le relève la jurisprudence de la CJUE (affaire C 343/12, *Rechtbank Van Koophandel te Gent* (Belgique) – ordonnance du 7 mars 2013), son interdiction n'est pas compatible avec les dispositions de la directive de 2005 relatives à la lutte contre les pratiques déloyales vis-à-vis des consommateurs. Au total, elle ne peut se justifier ni par le souci de promouvoir la concurrence, ni par celui de protéger les consommateurs. Elle est en revanche parfois motivée par le souci de limiter une forme de concurrence entre commerçants considérée comme déloyale. En tout cas, l'usage détourné qu'en font les grands distributeurs pour lesquels le seuil de revente à perte sert de base du calcul de leur prix à la distribution, pousse à la généralisation des clauses de coopération commerciales ou, plus récemment, à d'incessantes campagnes de promotion, dont la charge pèse finalement sur les marges fournisseurs.

212 - Quant aux pratiques de revente à prix imposés, selon l'article L. 442-5 du Code de commerce, elles sont interdites et réprimées, non seulement lorsque les prix de revente sont contractuellement imposés, mais également, à certaines conditions, lorsque le fournisseur les impose de fait. Les économistes soulignent toutefois que la question de savoir dans quelles conditions une telle pratique est anticoncurrentielle requiert, comme d'ailleurs les autres restrictions verticales, une analyse au cas par cas. Il est donc douteux que cette pratique soit toujours anticoncurrentielle. En outre, lorsqu'elle l'est, l'article L. 420-1 du Code de commerce suffirait à la réprimer. L'article L. 442-5 n'est donc pas nécessaire et il introduit, au surplus, une rigidité dans la protection de la concurrence en condamnant *per se* toutes formes de prix imposés de revente sans aucune possibilité d'exemption, alors qu'au contraire, une plus grande flexibilité serait nécessaire.

3.2 Les pratiques de l'article L. 442-6 du Code de commerce

213 - Depuis la fin des années 1992, le législateur est intervenu à de nombreuses reprises, soit pour organiser la communication des documents servant à la négociation commerciale, soit pour améliorer la loyauté et l'équilibre des relations commerciales soit pour renforcer des dispositions interdisant la revente à perte (1996), soit pour accroître le formalisme des contrats de coopération (2005), soit au contraire pour les assouplir tout en assurant l'équilibre des relations commerciales entre producteurs et distributeurs (2008). Au total, en l'état actuel, cinq clauses expressément visées dans l'article L. 442-6-II du Code de commerce (a, b, c, d, e) sont considérées comme nulles, le contrat pouvant également l'être dans son entier si la clause est déterminante de l'accord des parties. Par ailleurs, quatre pratiques qui engagent la responsabilité de leur auteur sont définies de façon assez vague laissant une assez large marge d'interprétation dans son application (L. 442-6, I, 1° à 4° du Code de commerce) auxquelles s'ajoute une série hétéroclite d'autres pratiques contractuelles (L. 442-6, I, 5° à 12° du Code de commerce).

214 - Du point de vue de l'analyse économique, ces dispositions n'ont ni pour objet, ni pour effet de promouvoir la concurrence sur les marchés. En premier lieu, contrairement aux pratiques anticoncurrentielles qui ne sont prohibées que pour autant qu'elles sont le fait d'entreprises ayant individuellement ou collectivement un pouvoir de marché, la plupart de ces dispositions s'appliquent indépendamment de la question de savoir si l'un ou l'autre des cocontractants jouit d'un pouvoir tel que les transactions qu'il impose à ses partenaires peuvent modifier les conditions générales de la concurrence sur le marché.

215 - En deuxième lieu, l'une des hypothèses qui sous-tend la théorie économique est que les contrats résultant de la libre négociation entre les parties sont de nature à leur permettre d'échanger dans leur propre intérêt et que, dans un contexte de concurrence, cette liberté contractuelle, accompagnée d'un mécanisme garantissant le respect des contrats librement consentis est de nature à conduire à une allocation efficace des ressources. Pour atteindre l'efficacité économique, la liberté contractuelle ne doit, dès lors, ne trouver comme limite que ce qui est strictement nécessaire pour s'assurer, d'une part, que les contrats résultent d'une libre négociation et sont respectés, d'autre part, qu'ils n'ont pas d'effets négatifs externes au contrat ; par exemple qu'ils ne portent pas atteinte à des tiers en polluant leur environnement, ou qu'ils n'ont pas pour effet d'éliminer la concurrence, imposant de ce fait un surprix aux consommateurs ou un coût aux concurrents potentiels. Ainsi, le droit des contrats permet de s'assurer que les contrats sont librement consentis et qu'ils sont respectés, tandis que le droit de la concurrence permet de s'assurer qu'ils n'ont pas pour effet de restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur les marchés. Dès lors que des contrats ont été librement consentis et qu'ils n'ont pas d'effets économiques externes négatifs, l'analyse économique des marchés n'offre aucune raison d'intervenir et ce, quelle que soit la distribution des avantages résultant du contrat. En effet, un contrat librement consenti, c'est-à-dire, par définition, dans lequel aucune des parties ne voit son avantage diminuer par rapport à la situation dans laquelle elle se serait trouvée si elle n'avait pas contracté, mais déséquilibré, quand bien même une seule des parties y trouverait bénéfique, augmenterait cependant l'avantage collectif et contribuerait à l'efficacité.

216 - Les dispositions sur les pratiques restrictives sont, quant à elles, de nature à limiter la liberté contractuelle des parties, alors même qu'il n'est nullement établi qu'elles auraient pour effet de provoquer un coût externe pour les tiers au contrat et, en particulier, d'affaiblir la concurrence sur un marché. Ainsi, il apparaît clairement que les pratiques visées par les dispositions de l'article L. 442-6-II a), b), c), de même que les dispositions de l'article L. 442-6-I-7° n'ont d'effet qu'entre les parties au contrat et que leur unique objet est de limiter la capacité de négociation de celles qui sont considérées comme fortes afin que la distribution des bénéfices du contrat soit plus équilibrée, indépendamment de tout effet externe. Les autres clauses considérées comme nulles (L. 442-6-II d) et e)) qui participent du même objectif, pourraient dans certains cas avoir un effet sur la concurrence si, et seulement si, l'une ou l'autre des parties au contrat disposait d'un pouvoir de marché ; auquel cas ces pratiques pourraient entrer dans le champ des dispositions prohibant les ententes anticoncurrentielles ou l'abus de position dominante. Le seul objet de les interdire comme pratiques restrictives, est de pouvoir les considérer comme nulles, même dans les cas dans lesquels elles n'ont aucun effet externe négatif, en général, et aucun effet anticoncurrentiel, en particulier.

217 - De la même façon, il ne peut être soutenu, concernant les quatre pratiques définies de façon imprécises dans l'article L. 442-6 du Code de commerce (L. 442-6-I-1° 2°, 3° et 4°) que la liberté commerciale des auteurs de ces pratiques est limitée en raison des effets externes qu'elles pourraient avoir, et singulièrement, sur le fonctionnement de la concurrence sur les marchés. Les dispositions concernant ces pratiques ont manifestement pour objet d'assurer un certain équilibre entre le fort et le faible dans la relation contractuelle, à l'exclusion de toute autre considération et alors même que, comme précédemment montré, des contrats même déséquilibrés contribuent au mécanisme de l'efficience économique.

218 - Enfin, les autres dispositions concernant des pratiques contractuelles qui engagent la responsabilité de leur auteur (L. 442-6-I-5°, 6°, 8°, 10°, 12° et 13°) peuvent, en effet, renforcer le droit contractuel dans des circonstances particulières dans lesquelles l'une des parties au contrat a consenti un investissement non récupérable pour l'établissement de la relation contractuelle et se trouve confrontée au risque d'un

« hold-up économique », c'est-à-dire au risque que son cocontractant, exploite cette circonstance pour renégocier à son avantage les termes du contrat initial. Ce risque est de nature à dissuader une partie de contracter même si le contrat, à le supposer respecté, était de nature à être mutuellement avantageux pour les parties. La question principale qui est posée à propos de ces dispositions est de savoir si les dispositions générales du droit des contrats ne sont pas suffisantes pour dissuader un cocontractant de mettre en œuvre de telles pratiques.

3.3 Appréciations générales

219 - Selon les économistes, la présence de telles dispositions relatives aux pratiques dites « restrictives de concurrence » au sein du droit de la concurrence crée une confusion sur la nature économique de ce droit en suggérant que son objet est de réguler *a priori*, par un ensemble hétéroclite d'interdictions *per se*, les transactions sur les marchés, afin de protéger certains acteurs économiques de la puissance de leurs cocontractants. Or, tout au contraire, le droit de la concurrence est, à l'exception du contrôle préventif de la concentration, un droit qui ambitionne de maximiser la liberté des agents économiques sous la seule contrainte d'une intervention *ex post* dans les seuls cas d'abus de pouvoir de marché ayant eu pour objet ou pour effet de fausser, de restreindre ou d'éliminer le mécanisme concurrentiel. Ce n'est donc pas un droit qui régule *a priori* le comportement des entreprises, mais un droit qui, à l'inverse, se limite à contrôler au cas par cas et *ex post* l'abus défini non pas par référence aux caractéristiques internes de la transaction ou du contrat, mais uniquement par rapport à l'effet qu'il produit sur la vigueur du mécanisme concurrentiel. En d'autres termes, les pratiques figurant au chapitre II du Titre IV du Livre IV du Code de commerce ne sont nullement interdites parce qu'elles restreignent la concurrence sur un marché, mais pour d'autres raisons.

220 - Du point de vue juridique, les dispositions portant interdiction des pratiques restrictives de concurrence, au fur et à mesure du temps et dans une quête vaine de contrôle de tous les aspects de la relation producteurs-fournisseurs, ont conduit à une accumulation d'interdiction

de pratiques ponctuelles aussi hétéroclites que lacunaires, sans cohérence à travers le temps, et sans relation avec des principes juridiques clairement établis. L'histoire législative de ces dispositions témoigne de ce désordre puisque, depuis 1992, seize lois sont intervenues, généralement pour régler une crise ponctuelle, parfois provoquée par le souci de contourner des dispositions antérieurement adoptées, et provoquant des nouvelles tensions entre producteurs et distributeurs. Dans chacun des cas, la loi a imposé de nouvelles contraintes à la négociation commerciale entre professionnels et conféré de nouveaux moyens d'interventions publiques dans la matière contractuelle sans véritable souci de mise en perspective de ces différentes mesures ou de cohérence entre celles-ci et les principes généraux du droit. Il en résulte un « kaléidoscope » de mesures, de sanctions et de procédures qui interpellent nombre de juristes.

221 - N'ayant pas de rapport avec l'objet du droit de la concurrence et ayant souvent pour effet de restreindre celle-ci, les dispositions du Code de commerce concernant les pratiques restrictives, outre qu'elles sont dérogoratoires aux principes juridiques du droit des contrats et de la responsabilité civile, ont également pour une autre caractéristique de n'avoir pas fait la preuve de leur efficacité pour rétablir l'équilibre des relations contractuelles. Malgré plus d'une quinzaine de lois ou d'interventions publiques depuis un quart de siècle, les récriminations des petits producteurs ou distributeurs contre la grande distribution n'ont pas faibli cependant que, par ailleurs, les consommateurs plébiscitaient la grande distribution. Au point que se sont tenus des « Etats Généraux de l'alimentation », destinés, dans le contexte d'une nouvelle crise, à répondre à un double impératif d'assurer un revenu décent aux agriculteurs tout en répartissant plus équitablement la valeur dans la chaîne de l'industrie agroalimentaire ; ce qui met en doute l'efficacité des mesures jusqu'alors prises en ce sens.

222 - Sans lien et le plus souvent en contradiction avec l'objectif de concurrence, dérogoratoires au droit commun, impropres à éteindre la tension entre producteurs et distributeurs, les dispositions de notre droit en matière de pratiques restrictives de concurrence n'ont donc pas leur place dans le droit de la concurrence. Il est donc tentant de proposer la

suppression du chapitre II, du Titre IV du Livre IV du Code de commerce afin de traiter toutes les pratiques qui en relèvent par un recours au droit de la concurrence, au droit des contrats et au droit de la consommation. Cette solution est préconisée depuis longtemps. Elle était exprimée, en 2000, par Patrick Rey et Jean Tirole pour le conseil d'analyse économique dans un rapport relatif à la « Régulation des relations entre fournisseurs et distributeur ». Elle est reprise en 2004, dans le *Rapport du groupe d'experts constitué sur les rapports entre industrie et commerce*. Elle est enfin soutenue par certains juristes qui estiment que la plupart des préoccupations qui sous-tendent ces dispositions sont contradictoires avec le développement d'une saine concurrence, ou pourraient trouver leur solution dans la mise en œuvre de ce droit ou dans celle du droit des contrats.

223 - Telle fut, au sein de notre groupe, la position majoritaire, alors que d'autres membres, tout en admettant que le contenu actuel du Titre IV du Livre IV du Code de commerce appelle de sérieuses réserves en ce qu'il compose un ensemble aussi foisonnant qu'hétéroclite, estiment cependant que ce corps de règles répond à un impératif de protection des agents économiques sur le marché de sorte qu'il apparaît complémentaire du droit des pratiques anticoncurrentielles. Il serait en particulier l'instrument idoine pour appréhender les abus d'exploitation que le droit des pratiques anticoncurrentielles peine à sanctionner (voir l'opinion et les propositions de Muriel Chagny en annexe au présent rapport auxquelles s'associe notamment Irène Luc).

224 - Il est vrai que dans le cadre des Etats généraux de l'Alimentation réunissant l'ensemble les producteurs, des transformateurs et des distributeurs du secteur, aucun de ces opérateurs n'a demandé la suppression de l'interdiction des pratiques restrictives de concurrences et en particulier de l'interdiction de la revente à perte, estimant au contraire, avec une quasi-unanimité, que ces dispositions devaient être réaménagées, notamment en s'appuyant sur un renforcement des dispositions encadrant les conventions conclues entre fournisseurs et distributeurs (L. 442-7 et suivants du Code de commerce, L. 631-24 et suivants du Code rural et de la pêche maritime). Ce qui démontre que, tout en regrettant sa complexité, les opérateurs se sont habitués à cette réglementation dont la suppression provoquerait à leurs yeux une grande incertitude.

Au surplus, il n'est pas inapproprié que tenant compte du contexte économique dans la chaîne des produits de grande distribution le législateur estime conforme à l'intérêt général de prévoir des dispositions particulières garantissent le libre consentement des parties dans la négociation des contrats et l'effectivité de leur exécution.

225 - Par ailleurs, s'il est vrai que les dispositions du droit civil des contrats, notamment tel qu'il est rénové par l'ordonnance du 26 février 2016, et du droit commun de la responsabilité pourraient peut-être suffire à assurer la loyauté et l'équilibre des relations entre fournisseur et distributeurs, encore faudrait-il que les procédures de mise en œuvre devant les juridictions soient effectives. C'est en estimant que ce n'est pas le cas que le législateur a multiplié les dispositions particulières donnant un pouvoir d'action au ministre ou assortissant la violation des interdictions de sanctions administratives. Revenir au droit commun supposerait donc un renforcement substantiel de structures juridictionnelles d'application de ces dispositions. Pour l'ensemble de ces raisons, certains membres du groupe estiment que cette branche du droit, longtemps contestée dans son existence même, a gagné, au fil des contentieux auxquels elle a donné lieu, sa légitimité du moins en son principe. Sa disparition pure et simple leur apparaît donc aussi improbable qu'inopportune à condition d'en modifier le contenu pour lui apporter des améliorations.

226 - Un moyen terme entre ces deux positions pourrait être trouvé en proposant d'une part la suppression à terme des dispositions du chapitre II du Titre IV, du Livre IV du Code de commerce, d'autre part de revoir les dispositions du chapitre Ier relatif aux contrats de distribution en adaptant à ces contrats particuliers les principes généraux du droit des contrats garantissant la bonne foi, la loyauté et l'équilibre des parties dans leur négociation comme dans leur exécution. Ce qui supposerait un renforcement très substantiel des moyens juridictionnels et des procédures permettant aux parties d'agir pour assurer l'effectivité et le respect de ces garanties contractuelles. À cet égard, il conviendrait de prévoir des procédures de référé répondant à l'urgence des situations et permettant de prendre rapidement des mesures provisoires utiles. De la même manière les pouvoirs et les moyens de la Commission d'examen des pratiques commerciales devront être renforcés afin de lui permettre

de définir et faire appliquer les bonnes pratiques adaptées à tous les secteurs de la distribution. Enfin, pour éviter toute confusion avec le droit de la concurrence, l'intitulé du Titre IV du Livre IV du Code de commerce devrait être renommé « De la loyauté des pratiques commerciales dans les contrats de distribution ».

Proposition n° 56 : Programmer la suppression à terme fixé des dispositions du chapitre II du Titre IV du Livre IV du Code de commerce.

Proposition n° 57 : Regrouper les dispositions des chapitres I et III, dans un chapitre unique précisant le contenu des contrats de distribution en conformité avec le droit commun des contrats assurant la bonne foi, la loyauté et l'équilibre des parties dans leur négociation et leur exécution.

Proposition n° 58 : Renforcer les moyens d'organisation judiciaire et de procédure permettant d'assurer le respect des modalités de conclusions et d'exécution de ces contrats, notamment en adaptant les procédures de référé existantes.

Proposition n° 59 : Renforcer les pouvoirs et les moyens de la Commission d'examen des pratiques commerciales afin de lui permettre d'élaborer et de faire appliquer les bonnes pratiques commerciales dans les différents secteurs de la distribution.

Proposition n° 60 : Renommer le Titre IV, du Livre IV du Code de commerce « De la loyauté des pratiques commerciales dans les contrats de distribution ».

Conclusion

227 - Finalement, près d'un tiers de siècle après sa création, le mécanisme juridique créé par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 s'est montré robuste, souple et évolutif.

228 - Robuste, il a permis la mise en place et le maintien des structures d'une économie de marché. Il en a imposé les règles aux opérateurs économiques qui en ont intégré les principes dans leurs stratégies. Ayant pénétré tous les secteurs de l'économie, il a permis l'ouverture à la concurrence d'un grand nombre de marchés protégés, même si les efforts sont à poursuivre dans certains secteurs. L'appareil de mise en œuvre s'est montré solide. L'Autorité de la concurrence renforcée, a consolidé son rôle, a amélioré la performance et les garanties de ses procédures. De l'avis des opérateurs, elle est devenue un rouage essentiel de la vie économique. Le dispositif juridictionnel d'application directe et de recours contre les décisions de l'Autorité serait toutefois à simplifier et à renforcer pour favoriser le développement d'une politique de mise en œuvre privée du droit de la concurrence. Enfin, le droit issu de l'ordonnance de 1986 a pénétré tous les domaines du droit économique, privé comme public, et favorisé la création d'unités d'enseignement et de recherche appropriées, tant en droit qu'en science économique. Réservée à quelques avocats spécialisés à la fin des années 1980, la pratique du droit de la concurrence occupe désormais de nombreux juristes et experts très qualifiés, chaque grand cabinet d'avocats a un département de la concurrence qui intervient à tous les stades de la vie des affaires, depuis l'audit, la négociation des contrats, les cessions et les restructurations d'entreprises jusqu'à la phase contentieuse.

229 - Souple, il s'est adapté à l'évolution de l'économie, a survécu à la mondialisation, surmonté les crises, assumé l'ouverture des monopoles historiques, s'est intégré dans les structures de régulation sectorielles comme dans la politique de concurrence de l'Union européenne. En

outre, il ne semble pas fondamentalement remis en cause par la révolution digitale.

230 - Évolutif, il a suivi la progression des théories économiques, s'est conformé aux standards établis par les organisations internationales, a pris sa place dans un réseau de coopération internationale et s'est hissé au meilleur niveau mondial des droits antitrust.

231 - Le pari de la modernisation qui a motivé notre groupe de travail serait, outre les quelques corrections institutionnelles et procédurales nécessaires, de recentrer le droit de la concurrence sur ses objectifs essentiels, de parfaire l'harmonisation européenne, tant en matière de pratiques anticoncurrentielles que de contrôle des concentrations et de mieux intégrer l'analyse économique dans sa mise en œuvre pour en renforcer l'impact. Tel est le sens des propositions émises dans ce rapport qui s'inscrivent résolument dans une perspective de valorisation d'un système institutionnel qui a fait ses preuves.

ANNEXE 1

Liste des propositions

Proposition n° 1 :

Réduire le nombre des membres de l'Autorité de la concurrence, mais prévoir que tous exercent leurs fonctions à plein temps et sont soumis aux règles d'incompatibilité prévues pour les emplois publics.

Proposition n° 2 :

Revoir l'organisation des services économiques de l'Autorité de la concurrence :

- en divisant le service économique placé au sein du service de l'instruction pour nommer un conseiller économique auprès du collègue ;*
- en renforçant la qualification des économistes notamment dans le domaine de la gestion des entreprises ;*
- en accroissant leur rôle en matière d'instruction ;*
- en favorisant les relations entre les services économiques de l'Autorité de la concurrence et ceux des administrations ou des autorités de régulation sectorielles.*

Proposition n° 3 :

Créer un service juridique auprès du rapporteur général ayant mission de donner des avis sur la notification des griefs et l'établissement du rapport.

Proposition n° 4 :

Renforcer les services de l'instruction par le recrutement d'ingénieurs et d'informaticiens formés aux technologies numériques.

Proposition n° 5 :

Renforcer la qualification des rapporteurs en matière de droit et d'économie de la concurrence, notamment dans les domaines relatifs aux

concentrations d'entreprises. Leur proposer des formations spécifiques leur permettant d'appréhender les problèmes de concurrence posés par la révolution numérique.

Proposition n° 6 :

Prévoir la possibilité d'intervention du conseiller auditeur dès l'ouverture et dans toutes les phases de la procédure.

Proposition n° 7 :

Intégrer dans les rapports publics annuels de l'Autorité de la concurrence et de la DGCCRF un compte rendu de l'activité du commissaire du Gouvernement.

Proposition n° 8 :

Accélérer le traitement des demandes d'avis des juridictions à l'Autorité de la concurrence sur les pratiques anticoncurrentielles invoquées dans les affaires dont elles sont saisies.

Proposition n° 9 :

Supprimer les articles L. 444-7, L. 462-2-1 et L. 462-4-1 du Code de commerce.

Proposition n° 10 :

Renforcer l'autonomie budgétaire de l'Autorité de la concurrence.

Proposition n° 11 :

Généraliser les autorités de régulation sectorielles et les administrations consultables par l'Autorité de la concurrence ou habilitées à la saisir pour avis et renforcer les procédures de consultation.

Proposition n° 12 :

Faire préciser par la loi que, quelle qu'en soit la nature, tous les recours formés contre des décisions ou des actes pris par l'Autorité de la concurrence pour la mise en œuvre des articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1, L. 420-2-2 et L. 420-5 ainsi que des articles 101 et 102 du TFUE sont de la compétence de la Cour d'appel de Paris.

Proposition n° 13 :

Renforcer les moyens matériels et humains affectés à la chambre spécialisée en matière de concurrence de la Cour d'appel de Paris.

Proposition n° 14 :

Instituer un mécanisme de sélection pour les conseillers affectés à la chambre spécialisée de la Cour d'appel de Paris.

Proposition n° 15 :

Créer un corps de conseillers à la Cour d'appel en service extraordinaire permettant de recruter pour cette chambre des professionnels ou des enseignants chercheurs spécialisés en droit et économie de la concurrence.

Proposition n° 16 :

Doter les formations spécialisées de la Cour d'appel de Paris d'assistants de justice de haut niveau formés au droit et à l'économie de la concurrence.

Proposition n° 17 :

Mettre en place pour les juges et assistants qui pratiquent le droit de la concurrence à tous les niveaux de juridictions des formations spécialisées obligatoires de haut niveau en droit et en économie de la concurrence couvrant la totalité du champ de l'interaction entre le droit et l'économie de la concurrence.

Proposition n° 18 :

Prévoir pour les magistrats du ministère public les mêmes mécanismes de sélection, de formation et d'affectation.

Proposition n° 19 :

Créer une filière de spécialisation pour les magistrats ayant acquis une formation et une expérience spécifiques en droit de la concurrence.

Proposition n° 20 :

Renforcer les mécanismes qui permettent, notamment par voie de détachement, la circulation des magistrats judiciaires et administratifs ainsi que les enseignants-chercheurs au sein des juridictions chargées de l'application du droit de la concurrence.

Proposition n° 21 :

Instaurer au niveau du Conseil d'État et de la Cour de cassation une chambre spécialisée en droit de la concurrence, paritairement composée de membres des deux hautes juridictions, compétente pour l'ensemble des recours en matière de concurrence.

Proposition n° 22 :

Actualiser la rédaction de l'article L. 420-7 du Code de commerce en remplaçant la référence aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne par la référence aux articles 101 et 102 du TFUE.

Proposition n° 23 :

Déplacer l'article L. 420-7 pour le classer dans un titre dédié à la mise en œuvre du droit de la concurrence par les juridictions judiciaires.

Proposition n° 24 :

Placer dans la compétence des chambres spécialisées de la Cour d'appel de Paris tous les appels formés contre les jugements rendus par les juridictions civiles et commerciales en application des dispositions des articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1, L. 420-2-2 et L. 420-5 du Code de commerce et des articles 101 et 102 du TFUE et faire bénéficier les formations de jugement chargées de ces contentieux des mêmes mesures de renforcement des moyens matériels et humains.

Proposition n° 25 :

Placer dans la compétence des juridictions judiciaires toutes les actions en dommages et intérêts résultant de pratiques anticoncurrentielles même lorsqu'elles se rapportent à un contrat administratif.

Proposition n° 26 :

Placer l'action de groupe en matière de consommation, prévue par l'article L. 623-1 du Code de la consommation, dans la compétence des juridictions civiles spécialisées au premier degré et dans celle de la chambre de la concurrence de la Cour d'appel de Paris.

Proposition n° 27 :

Créer, dans la liste nationale des experts établie par la Cour de cassation et dans les listes établies par chaque cour d'appel, une rubrique consacrée aux experts spécialisées pour la quantification du montant des dommages et intérêts à accorder en réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle.

Proposition n° 28 :

Réduire le champ d'application de l'article L. 420-6 du Code de commerce aux cartels uniquement et supprimer des éléments constitutifs de l'infraction la condition de « part personnelle et déterminante à la conception, l'organisation ou la mise en œuvre d'une pratique anticoncurrentielle ».

Proposition n° 29 :

Préciser que l'article L. 420-6 du Code de commerce sur les sanctions pénales s'applique également en cas de violation de l'article 101, § 1 TFUE.

Proposition n° 30 :

Introduire une procédure de clémence permettant de conférer une immunité à la personne poursuivie qui dénonce sérieusement les faits incriminés.

Proposition n° 31 :

Déplacer l'article L. 420-6 du Code de commerce dans un titre consacré à la mise en œuvre du droit de la concurrence par les juridictions judiciaires.

Proposition n° 32 :

Confier le jugement des poursuites engagées sur le fondement des dispositions des articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1, L. 420-2-2 et L. 420-5 du Code de commerce et des articles 101 et 102 TFUE à la compétence des tribunaux de grande instance spécialisés en première instance pour le jugement des contentieux civils d'application des mêmes textes et à la chambre spécialisée de la Cour d'appel de Paris.

Proposition n° 33 :

Préciser le caractère double de la définition d'entreprise en distinguant, celle qui se rapporte à l'applicabilité du droit de la concurrence : toute entité, quels que soient son statut et son mode de financement, qui exerce une activité économique et celle qui se rapporte à son application : unité économique.

Proposition n° 34 :

Préciser, par une disposition générale, que le critère du champ d'application géographique du droit national de la concurrence est celui de ses effets sur le territoire national.

Proposition n° 35 :

Reformuler l'article L. 420-1 du Code de commerce :

- en visant uniquement, comme pratique prohibée, dans l'alinéa 1°, les accords et les pratiques concertées ;
- en supprimant du même alinéa le membre de phrase « peuvent avoir pour effet » ;
- en modernisant la liste des exemples énumérés aux 1°, 2°, 3°, et 4° du même article et en commençant l'énumération par les pratiques qui portent sur les prix et sur la répartition des marchés ;
- en intégrant dans cet article ou à sa suite les articles L. 464-6-1 et L. 464 6-2 qui traitent du seuil de sensibilité.

Proposition n° 36 :

Supprimer l'alinéa 2 de l'article L. 420-2 du Code de commerce.

Proposition n° 37 :

Revoir la liste des exemples d'abus de position dominante figurant dans la deuxième phrase de l'alinéa 1er pour la moderniser et en précisant que l'interdiction vise aussi bien les abus d'exclusion que les abus d'exploitation.

Proposition n° 38 :

Aligner la rédaction de l'article L. 420-4-I, 1° et 2° sur l'article 101, § 3, TFUE.

Proposition n° 39 :

Supprimer l'article L. 420-5 du Code de commerce.

Proposition n° 40 :

Supprimer les articles L. 420-2-1 du Code de commerce et L. 420-4-III du Code de commerce ou à tout le moins suivre la procédure prévue par l'article 349 TFUE.

Proposition n° 41 :

Supprimer l'article L. 420-2-2 du Code de commerce.

Proposition n° 42 :

Tout en maintenant pour l'Autorité l'obligation d'adopter une décision formelle sur toute saisine émanant d'une entreprise, élargir les motifs de rejet de plainte, adoptés et publiés après avoir fait l'objet d'une consultation publique.

Proposition n° 43 :

Placer la procédure dite de scellés provisoires sous la responsabilité du conseiller auditeur.

Proposition n° 44 :

Atténuer le formalisme de la procédure d'avis et transférer les pouvoirs du collège au conseiller auditeur.

Proposition n° 45 :

- revoir l'actuelle procédure de transaction pour la limiter aux seuls cartels et l'organiser avant la notification des griefs, tout en maintenant un pouvoir de contrôle du collège (s'inspirer de la procédure de clémence) ;*
- introduire pour les autres pratiques (en particulier, les abus de position dominante), une procédure reprenant les grandes lignes de l'ancienne procédure de non-contestation des griefs (réduction de l'amende en faveur de l'entreprise qui coopère).*

Proposition n° 46 :

- réécrire intégralement le dispositif sur les sanctions de l'article L. 464-2 du Code de commerce ;*
- supprimer sans attendre le plafond spécial pour les organismes de l'article L. 464-2-1, al. 4 du Code de commerce.*

Proposition n° 47 :

Dans les Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, préciser :

- la notion de fusion de fait ;*
- la notion de concentration par acquisition d'actifs ;*
- les critères d'application du contrôle des concentrations aux coopératives agricoles.*

Revoir les critères d'application du droit des concentrations aux contrats de franchise pour les rapprocher de ceux de la Commission.

Approfondir la réflexion sur l'extension du contrôle aux opérations de prise de participation minoritaires non contrôlantes.

Proposition n° 48 :

Résister à tout projet en droit européen visant à différencier les critères de contrôle des opérations de concentration en fonction de la nature de l'activité des parties à l'opération.

Proposition n° 49 :

Entreprendre, tant au plan national que dans un cadre élargi à l'Union européenne, une réflexion sur les seuils fixés pour les opérations de concentration soumises à contrôle.

Proposition n° 50 :

Mieux prendre en compte les gains d'efficacité dans le contrôle de la concentration en alignant le standard de preuve des effets d'efficacité associés aux concentrations sur le standard de preuve utilisé pour établir les effets anticoncurrentiels de ces concentrations et en traitant de façon symétrique les atteintes à la concurrence et les contributions au progrès économique.

Proposition n° 51 :

Reprendre et soutenir les propositions du rapport de l'Autorité de la concurrence au ministre de l'Économie et des Finances « Pour un contrôle des concentrations plus simple, cohérent et stratégique en Europe » du 16 décembre 2013 sur l'articulation des contrôles au sein de l'Union européenne.

Proposition n° 52 :

Préciser le délai de délivrance du certificat de complétude dans le Code de commerce en distinguant les modalités selon la complexité des opérations et en tenant compte, le cas échéant, du dépôt par les entreprises d'une prénotification détaillée.

Proposition n° 53 :

Supprimer, dans l'annexe 4-3 du Livre IV du Code de commerce, la nécessité d'indiquer dans le dossier de notification la définition de chaque marché pertinent concerné, l'indication de la part de marché des entreprises concernées par l'opération et des groupes auxquels elles appartiennent sur ces marchés pertinents ainsi que celle des principaux opérateurs concurrents.

Proposition n° 54 :

Préciser les conditions de fond et les règles de procédure applicables à la mise en œuvre de l'article L. 430-8-II du Code de commerce.

Proposition n° 55 :

Réécrire l'article L. 430-7-1 du Code de commerce en limitant l'intervention du ministre de l'Économie pour des raisons d'intérêt général tout en revoyant les motifs d'intervention pour éviter toute confusion avec l'analyse concurrentielle et en ajoutant la réserve « dans le respect du droit de l'Union, lorsqu'il est applicable ».

Proposition n° 56 :

Programmer la suppression à terme fixé des dispositions du chapitre II du Titre IV du Livre IV du Code de commerce.

Proposition n° 57 :

Regrouper les dispositions des chapitres I et III, dans un chapitre unique précisant le contenu des contrats de distribution en conformité avec le droit commun des contrats assurant la bonne foi, la loyauté et l'équilibre des parties dans leur négociation et leur exécution.

Proposition n° 58 :

Renforcer les moyens d'organisation judiciaire et de procédure permettant d'assurer le respect des modalités de conclusions et d'exécution de ces contrats, notamment en adaptant les procédures de référé existantes.

Proposition n° 59 :

Renforcer les pouvoirs et les moyens de la Commission d'examen des pratiques commerciales afin de lui permettre d'élaborer et de faire appliquer les bonnes pratiques commerciales dans les différents secteurs de la distribution.

Proposition n° 60 :

Renommer le Titre IV, du Livre IV du Code de commerce « De la loyauté des pratiques commerciales dans les contrats de distribution ».

ANNEXE 2

Liste des personnes auditionnées

Chantal Arens, Magistrat, Première Présidente de la Cour d'appel de Paris

Agnès Benassy, Économiste, Professeur, Paris School of Economics et Présidente déléguée du Conseil d'analyse économique

Jean-Bernard Blaise, Professeur émérite de l'Université Paris II-Panthéon-Assas

Pierre Buigues, Économiste, Professeur, Toulouse Business School

Antoine Choffel, Avocat, Gide Loyrette et Nouel

Isabelle de Silva, Présidente de l'Autorité de la concurrence

Alexandre De Streel, Professeur, Université de Namur et Assesseur à l'Autorité de la concurrence belge

Benoît Durand, Économiste, RBB Economics

Nicholas Forwood, Avocat, White & Case LLP

Jean-Louis Fourgoux, Avocat, Fourgoux & Associés

Johannes Laitenberger, Directeur général de la DG Concurrence, Commission européenne

Stanislas Martin, Rapporteur général à l'Autorité de la concurrence

Robert Saint Esteben, Avocat, Bredin Prat

Didier Théophile, Avocat, Darrois Villey Maillot Brochier

ANNEXE 3

Contributions

3.1 Muriel Chagny¹ - Contribution sur le Titre IV du Livre IV du Code de commerce

Communément désigné sous l'appellation de « droit des pratiques restrictives de concurrence », le Titre IV du Livre IV du Code de commerce est, en réalité, intitulé « De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées », appellation qui reflète très fidèlement celle des trois chapitres le composant. Son contenu actuel appelle de sérieuses réserves en ce qu'il compose un ensemble aussi foisonnant qu'hétéroclite. Au fil des législations successives ont été adoptées de (trop) nombreuses dispositions qui ne sauraient être envisagées ici dans leur intégralité. Certaines d'entre elles, très longues et peu lisibles, sont, de surcroît, mal coordonnées entre elles et font appel à des standards diversifiés. En définitive, leur principal trait commun tient sans doute à l'absence d'analyse de l'impact des pratiques visées.

Cependant, aussi critiquable soit-il dans son contenu, ce corps de règles répond, sur le plan substantiel, mais plus encore dans son dispositif de mise en œuvre, à un impératif de protection des agents économiques sur le marché, qui, comme l'a relevé à plusieurs reprises la Cour de cassation (v. en premier lieu, Cass. com., 8 juillet 2008, n° 07-16761), participe aussi du « bon fonctionnement du marché et de la concurrence », de sorte qu'il apparaît complémentaire du droit des pratiques anticoncurrentielles. Le droit des pratiques restrictives de concurrence apparaît en particulier comme l'instrument idoine pour appréhender les abus d'exploitation que le droit des pratiques anticoncurrentielles peine à saisir, que ce soit dans les secteurs traditionnels comme celui de la distribution ou celui, plus récent, de l'économie numérique.

(1) Professeur des universités, université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines.

Son existence même, au regard du droit européen de la concurrence, ne soulève aucune difficulté en l'état de l'article 3, § 3 du règlement n° 1/2003, admettant « l'application de dispositions de droit national qui visent à titre principal un objectif différent » de celui poursuivi par l'interdiction des ententes et des abus de position dominante. Au demeurant, certaines règles de l'actuel droit des pratiques restrictives de la concurrence (contenues à l'article L. 441-6 du Code de commerce) sont issues de la transposition de la Directive 2011/7/UE du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.

Bien plus, les initiatives récentes prises par la Commission européenne, en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels [Comm., Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non alimentaire interentreprises en Europe, COM (2013) 37 du 31 janvier 2013 ; « Lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises », Communication du 15 juillet 2014, COM(2014) 472 final], puis, plus spécifiquement à propos de l'agriculture ou du numérique, témoignent, avec d'autres législations, de ce que le temps n'est plus où les règles composant le droit des pratiques restrictives de concurrence constituaient une spécificité franco-française à laquelle il convenait de mettre un terme. Tout au contraire, alors que l'adoption d'un instrument européen pourrait intervenir dans un futur proche, au moins dans certains secteurs de l'économie, il serait paradoxal que la France, qui a été pionnière en la matière, avec les excès et défauts que l'on sait, adopte un cheminement inverse à celui suivi par l'Union européenne et par d'autres pays, alors qu'il y a là une opportunité à saisir en termes d'attractivité du modèle français – sous réserve bien évidemment de savoir entreprendre les réformes nécessaires.

Si l'on pourrait émettre, à certains égards, des doutes sur le rattachement du droit des pratiques restrictives à la matière concurrentielle, plusieurs raisons de différents ordres conduisent néanmoins à opter en faveur de son maintien au sein du Livre IV du Code de commerce.

Tout d'abord, s'il ne s'agit pas à titre principal de préserver le bon fonctionnement du marché et la libre concurrence, cet objectif n'est pas étranger au droit des pratiques restrictives qui, en se préoccupant de la

protection des opérateurs sur le marché et de la loyauté de la concurrence, assure une fonction complémentaire à celle assignée au droit des pratiques anticoncurrentielles et au contrôle des concentrations ; il relève d'ailleurs de l'ordre public de direction.

Prendre acte de cette complémentarité d'intervention en intégrant les deux séries de règles dans le même ensemble permet, ensuite, d'assurer une cohérence entre elles, à différents points de vue. Cela permet en particulier d'instituer une hiérarchie accordant la prééminence à la liberté de la concurrence tandis que la loyauté, intervenant de façon complémentaire, en constitue un tempérament. Ainsi, les règles destinées à préserver la loyauté sur le marché ne doivent-elles pas être à l'origine d'une entrave disproportionnée mettant en péril la liberté de la concurrence.

Par ailleurs, même si le droit des pratiques restrictives procède parfois par énumération, le sujet de ce corps de règles n'en est pas moins le même que celui du droit des pratiques anticoncurrentielles, à savoir l'entreprise, comme l'a récemment mis en évidence la Cour de cassation (Com. 21 janvier 2014 : les dispositions de l'art. L. 442-6 « s'appliquent à toute entreprise, indépendamment du statut juridique de celle-ci, et sans considération de la personne qui l'exploite » 2014 ; rapp. Cons. Constit. 2016-542 QPC, 18 mai 2016).

Enfin, surtout, l'insertion de ce corps de règles dans le Livre IV est pleinement cohérente avec les prérogatives reconnues, à des fins de protection de l'ordre public concurrentiel, au ministre de l'Économie ainsi qu'à son administration, la DGCCRF, tant en matière d'enquêtes que du point de vue de l'exercice de l'action ou de l'intervention devant les juridictions judiciaires ou encore en termes de sanctions administratives.

En définitive, cette branche du droit français de la concurrence, longtemps contestée dans son existence même, a gagné, au fil des contentieux auxquels elle a donné lieu, sa légitimité du moins en son principe. Autant sa disparition pure et simple apparaît aussi improbable qu'inopportune, autant il est indispensable d'en modifier le contenu pour lui apporter des améliorations.

Une simplification de la matière est concevable a minima. Il s'agit de procéder à une restructuration de l'actuel Titre IV qui peut s'effectuer

à droit constant. Elle passe par le déplacement de dispositions et des regroupements, gages d'une meilleure lisibilité, mais aussi par des changements d'appellation, mais encore par un reclassement des textes selon un ordre logique. Cette entreprise de simplification doit, par ailleurs, se poursuivre à l'intérieur des textes eux-mêmes, qu'il s'agisse de procéder, selon les cas, à des reclassements ou à des scissions. Il convient également de supprimer des contradictions ou des incohérences nées de l'adoption de législations successives sans qu'il ait été procédé à une remise en cohérence avec les dispositions préexistantes. De même, certaines modifications de vocabulaire pourraient être apportées afin d'assurer une meilleure coordination entre le droit des pratiques restrictives de concurrence et le droit commun des contrats.

De façon plus ambitieuse, il est possible d'envisager une recomposition plus profonde du Titre IV, dont certains préceptes généraux peuvent être proposés, qui passe par des modifications apportées aux actuels Chapitres I et III et, plus encore, par une proposition de refonte en profondeur du Chapitre II. Sont enfin à examiner la mise en œuvre du droit des pratiques restrictives de concurrence et la Commission d'examen des pratiques commerciales.

I. Les préceptes généraux de recomposition du Titre IV

Deux questions générales doivent être évoquées ici, qui concernent, pour l'une, le domaine d'application et, pour l'autre, le degré de spécialisation souhaitable.

Tout d'abord, conformément au domaine d'application défini par l'article L. 410-1 du Code de commerce et dans le droit-fil de la jurisprudence de la Cour de cassation, le sujet du droit des pratiques restrictives de concurrence pourrait être explicitement identifié à l'entreprise et non sous la forme d'une énumération (par exemple, l'article L. 442-6-1 du Code de commerce).

De même, et s'agissant du bénéficiaire de la règle, pour la désignation duquel il est fréquemment recouru à l'adjectif « commercial » (par

exemple : relation commerciale, partenaire commercial), il est permis de s'interroger sur l'opportunité de conserver cet adjectif excluant certaines activités, comme les métiers du droit, mais aussi l'économie collaborative dans les relations avec les plateformes. Sa suppression ou son remplacement par « économique » pourraient apparaître appropriés et en cohérence, au demeurant, avec l'article L. 410-1 du Code de commerce. Cela n'interdit évidemment pas pour autant d'assigner un domaine *ratione personae* plus resserré quant au sujet et/ou au bénéficiaire de telle ou telle disposition.

Se pose alors la question de savoir dans quelle mesure le droit des pratiques restrictives doit être spécialisé. Force est de constater qu'aux côtés de dispositions applicables à l'ensemble des secteurs économiques, d'autres règles sont quant à elles propres, par exemple, au secteur de l'agriculture ou de l'agroalimentaire, voire à la sous-traitance industrielle ou encore, plus récemment, au secteur de l'hôtellerie. En sens inverse, il arrive que le législateur, bien qu'il entende réagir à des pratiques spécifiques à un secteur donné, adopte un texte auquel sa rédaction confère une portée générale. S'il convient de privilégier, chaque fois que cela est possible, un droit transversal, la spécialisation n'en constitue pas moins, dans certains cas, la réponse appropriée. Tel est le cas lorsque la pratique visée, spécifique à un secteur donné, ne peut être appréhendée par une disposition générale sous peine d'affecter de manière inopportune l'ensemble des activités économiques.

Proposition n° 1 : Dans les dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce :

- **remplacer l'énumération des personnes visées par le terme « entreprise » et le terme « activité commerciale par activité économique » ou « activité de production, de distribution ou de service » ;**
- **distinguer clairement les dispositions d'application générale et celles qui ne s'appliquent qu'à un secteur d'activité.**

II. Les modifications à apporter aux actuels chapitres I – « De la transparence » et III – « Autres pratiques prohibées »

Le chapitre I « De la transparence » a vocation à être recentré autour des dispositions relatives à la transparence entre entreprises, dont les fonctions notamment probatoires rendent inenvisageable la suppression, mais qui pourraient être simplifiées.

De façon pédagogique, les règles pourraient être énoncées dans un ordre chronologique, à savoir la communication des conditions générales de vente, puis la convention globale et enfin la facturation.

Les dispositions constitutives d'un simple rappel du Code de la consommation ont, quant à elles, vocation à disparaître du Code de commerce.

Quant aux dispositions spécifiques à une catégorie de produits, elles pourraient être déplacées dans le Chapitre III réintitulé « Règles spécifiques à certaines personnes, produits ou modes de conclusion des contrats ».

L'actuel article L. 441-6 devrait être consacré à la seule communication des conditions de vente, tandis que les éléments actuels relatifs au paiement devraient être regroupés dans une disposition autonome qui pourrait être intégrée dans une section à créer au sein du Chapitre II et ayant vocation à rassembler les dispositions relatives aux pratiques tarifaires. La rédaction de ce texte pourrait, en outre, être revue pour être simplifiée.

Du côté de la transparence contractuelle, il existe actuellement quatre régimes différents s'appliquant, selon les cas, aux relations entre fournisseurs et distributeurs (article L. 441-7), au cas particulier des grossistes (article L. 441-7-1), à certains produits agricoles (article L. 441-2-1), aux produits manufacturés (article L. 441-9). Afin d'alléger les contraintes pesant de ce chef sur les opérateurs, le dispositif dérogatoire spécifiquement prévu pour les grossistes pourrait constituer le régime général, tandis qu'un régime plus contraignant serait maintenu, mais avec un domaine *ratione personae* resserré autour des relations entre la grande distribution et ses fournisseurs, et sous le bénéfice de certaines améliorations apportées à l'actuel article L. 441-7 du Code de commerce. À titre

d'illustration, il conviendrait de supprimer l'alinéa se référant à l'exigence d'une rémunération non manifestement disproportionnée : outre qu'il s'agit d'un rappel d'une autre disposition (article L. 442-6, I, 1°), ce rappel, n'étant pas totalement conforme, est source de confusion.

Les dispositions actuelles consacrées à l'exigence d'une convention globale ou d'un contrat de mandat écrit, dans le cas des nouveaux instruments promotionnels, n'indiquent pas quelle est la sanction civile applicable en cas de non-respect du formalisme prescrit. Il apparaît opportun de préciser qu'il s'agit d'une règle de preuve qui n'entraîne pas la nullité du contrat.

S'agissant des dispositions relatives à la facturation, des précisions pourraient être apportées en ce qui concerne la notion de « réalisation de la vente », marquant le déclenchement de l'obligation de facturation, ou bien encore sur celle de « réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de services et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de services ».

Quant au Chapitre III, son appellation actuelle (« Autres pratiques prohibées ») devrait être remplacée par celle de « Règles spécifiques à certaines personnes, produits ou modes de conclusion des contrats », de façon à pouvoir rassembler différentes dispositions actuellement éparpillées dans le Titre IV, voire dans d'autres Codes (par exemple : Code rural, Code du tourisme) et dont le particularisme tient, selon les cas, aux personnes, aux produits ou aux modes d'entrée en relation.

Cette subdivision aurait ainsi vocation à accueillir les règles relatives à l'activité des associations (L. 442-7), à l'utilisation du domaine public (L. 442-8) ou encore aux enchères inversées à distance (L. 442-10), ainsi que les nombreuses dispositions spéciales à certains produits, à propos desquelles une réflexion en profondeur devrait être menée.

Proposition n° 2 : *Reclasser les dispositions du Chapitre 1^{er} « De la transparence » en distinguant les dispositions applicables à la communication des conditions générales de vente, aux conventions globales et à la facturation.*

Proposition n° 3 : Les dispositions constitutives d'un simple rappel du Code de la consommation ont vocation à disparaître du Code de commerce

Proposition n° 4 : Dans l'article L. 441-6 du Code de commerce :

- ne maintenir que les dispositions relatives aux conditions générales de vente ;
- déplacer les dispositions relatives au paiement dans une section à créer au sein du Chapitre II rassemblant les dispositions relatives aux pratiques tarifaires.

Proposition n° 5 : Prévoir un dispositif général dérogatoire pour les grossistes et un régime plus contraignant resserré autour des relations entre la grande distribution et ses fournisseurs.

Proposition n° 6 : Prévoir que les dispositions consacrées à l'exigence d'une convention globale ou d'un contrat de mandat écrit, dans le cas des nouveaux instruments promotionnels, ont une valeur probatoire et dont la méconnaissance n'entraîne pas la nullité du contrat.

Proposition n° 7 : Revoir les dispositions relatives à la facturation, en précisant les notions de « réalisation de la vente » et de « réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de services et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de services ».

Proposition n° 8 : Renommer le Chapitre III, « Règles spécifiques à certaines personnes, produits ou modes de conclusion des contrats » et y rassembler les dispositions figurant actuellement dans le Titre IV, ou dans d'autres dont le particularisme tient, selon les cas, aux personnes, aux produits ou aux modes d'entrée en relation. Y classer notamment les règles relatives :

- à l'activité des associations (L. 442-7) ;
- à l'utilisation du domaine public (L. 442-8) ;
- aux enchères inversées à distance (L. 442-10) ;
- ainsi que les dispositions spéciales à certains produits.

III. Les propositions de refonte du chapitre II, « Des pratiques restrictives de concurrence »

Pour rappel, pourraient disparaître de l'actuel Chapitre II, d'un côté, l'article L. 442-1 qui se contente de reproduire des dispositions du Code de la consommation et, de l'autre, l'article L. 442-10 relatif aux enchères à distance dont le déplacement dans le chapitre III réintitulé « Règles spécifiques à certaines personnes, produits ou modes de conclusion des contrats » paraît plus approprié.

À droit constant, le Chapitre II pourrait être restructuré autour de deux grandes subdivisions respectivement consacrées aux pratiques tarifaires et aux pratiques abusives.

La subdivision sur les pratiques tarifaires regrouperait les dispositions relatives au paiement, celles concernant le contrôle du quantum du prix (actuellement revente à perte) celles sur l'imposition d'un prix minimum de revente et enfin celles sur la manipulation des cours.

Celle concernant les pratiques abusives correspond à l'actuel article L. 442-6, expurgé des dispositions relatives aux sanctions et aux pouvoirs du ministre (III et IV) qui devraient être insérées dans un chapitre autonome regroupant les différentes règles relatives à la mise en œuvre.

Cependant, le contenu même de ces deux subdivisions pourrait être repensé en profondeur.

S'agissant, tout d'abord, des pratiques tarifaires, on peut se demander si l'interdiction per se de l'imposition des prix minima de revente, fort peu mise en œuvre, ne constitue pas un doublon inutile, cette pratique étant appréhendée sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles.

Quant à l'interdiction de la revente à perte, elle peut sembler contrevenir à la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs (CJUE, ord. du 7 mars 2013, aff. C-343/12, *Euronics Belgium c. Kamera Express*). Il en résulte qu'elle doit, soit disparaître purement et simplement, soit, à tout le moins, être réécrite, quitte à la fusionner avec l'actuel article L. 420-5 du Code de commerce appréhendant les prix abusivement bas, si une prohibition spécifique devait être conservée.

En ce qui concerne, ensuite, l'actuel article L. 442-6-I et II du Code de commerce relatif aux pratiques abusives, son examen fait apparaître que, à quelques exceptions près, parmi lesquelles la règle sur la rupture brutale des relations commerciales établies et une règle relative à la violation de l'interdiction de revente hors réseau, il comporte de trop nombreuses dispositions appréhendant les abus dans la négociation et l'exécution des contrats.

Une simplification et un allègement des exigences résultant de l'actuelle règle sur la rupture brutale apparaissent possibles et opportuns.

De façon à restituer aux accords interprofessionnels leur intérêt et à desserrer l'emprise du texte, on pourrait rendre, non plus cumulatifs, mais alternatifs les délais de préavis déterminés à partir de la durée de la relation commerciale ou par accord interprofessionnel.

Pourraient être supprimés aussi bien le cas spécial de préavis prévu pour les ruptures consécutives aux enchères à distance qui n'a pas lieu d'être que les prérogatives conférées au ministre de l'Économie en l'absence d'accord interprofessionnel, ceci n'ayant jamais servi.

Le domaine d'application du texte pourrait être précisé en ce qui concerne, d'un côté, la notion de rupture partielle, de l'autre, la notion même de relation en cas de changement de contractant.

En cohérence avec le droit commun, on pourrait reformuler l'alinéa prévoyant, à juste titre, mais avec une rédaction imparfaite, la mise à l'écart de la règle spéciale en cas de force majeure ou d'inexécution.

Mérite d'être posée la question de l'utilité d'une disposition spécifique sanctionnant le fait « de participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau » alors que le droit commun de la responsabilité extracontractuelle semble suffire.

En revanche, même si le droit commun des contrats comporte désormais un article 1171 du Code civil réputant non écrites les clauses à l'origine d'un déséquilibre significatif, il apparaît nécessaire de conserver la règle sur le déséquilibre significatif pour plusieurs raisons. Elle est assortie de prérogatives habilitant le ministre de l'Économie à pallier l'inaction des cocontractants victimes des pratiques. Sa lettre générale lui permet de contrôler n'importe quel type de pratiques, y compris tarifaires, quels qu'en soient les auteurs (offreurs et demandeurs). Adaptable, elle permet d'appréhender de nouvelles pratiques, sans qu'il y ait lieu d'adopter une nouvelle disposition législative ; elle a ainsi vocation à constituer la règle générale à partir de laquelle une recomposition de l'article L. 442-6 peut être envisagée.

Dans cette perspective, il convient de rechercher quelles modifications pourraient lui être apportées, puis de préciser le sort qui pourrait être celui des autres dispositions, plus ciblées, actuellement contenues dans cet article.

La règle sur le déséquilibre significatif a d'ores et déjà fait l'objet d'un certain nombre de décisions qui constituent des acquis jurisprudentiels précieux. Pour autant, des modifications pourraient lui être apportées à la faveur d'une réécriture.

Outre la suppression ou le remplacement de l'adjectif « commercial » par « économique », la notion de partenaire, ayant fait l'objet d'interprétations diverses en jurisprudence, mérite d'être explicitée à la faveur d'une réécriture.

De façon plus radicale, on pourrait faire supprimer toute référence au partenaire, ce qui simplifierait son articulation avec l'article 1171 du Code civil, mais autoriserait une application potentielle très large de la disposition.

Cette extension du champ d'application peut éventuellement être reliée à celle de savoir, s'il faudrait, en sens inverse, introduire dans la règle un filtre préalable tenant à l'inégalité des parties en présence. Cela éviterait d'accorder le bénéfice de la protection à des opérateurs qui n'en auraient pas besoin, mais soulèverait la difficulté cruciale de savoir quel préalable retenir afin de ne pas restreindre à l'excès les possibilités d'examiner des pratiques susceptibles d'être abusives.

L'option consistant à recentrer le contrôle de l'équilibre des relations contractuelles entre entreprises autour d'une règle générale apparaît plus respectueuse du besoin de liberté des opérateurs économiques et conforme à l'idée que la loyauté doit demeurer un tempérament de la liberté. Cependant, on pourrait craindre une moindre prévisibilité et une diminution importante de la protection conférée.

Dès lors, on pourrait songer à concilier ces deux objectifs en adoptant, conjointement à la règle générale, un ou des dispositifs complémentaires, concrétisant plus précisément cette dernière.

L'élaboration d'une liste d'exemples en vue d'éclairer la règle générale présente le risque de « brouiller » l'énoncé de celle-ci dans le cas où les illustrations ne reprennent pas fidèlement ses éléments constitutifs.

On pourrait alors songer à accompagner la règle générale d'une, voire de deux, listes de pratiques qui pourraient être respectivement réputées abusives ou présumées abusives, selon que l'on permet ou non à l'entreprise mise en cause de combattre la présomption ainsi posée.

Dans cette perspective, il conviendrait d'opérer un tri au sein des dispositions composant actuellement l'article L. 442-6 du Code de commerce.

Certaines d'entre elles auraient vocation à disparaître, soit qu'elles apparaissent comme un doublon inutile de la règle générale (à l'instar de l'article L. 442-6-I-13° issu de la loi Sapin II), soit qu'elles soient demeurées quasi inappliquées (telle la disposition relative à la menace de rupture

brutale, achoppant sur des difficultés probatoires et sur le standard de l'abus manifeste).

D'autres dispositions pourraient intégrer la liste de pratiques réputées ou présumées abusives, éventuellement sous le bénéfice d'une limitation plus stricte de leur domaine d'application. Ainsi peut-on estimer opportun de conserver l'actuel article L. 442-6-I-1° du Code de commerce, mais en cantonnant explicitement son application aux services rendus par les distributeurs aux fournisseurs.

Le développement de bonnes pratiques et/ou encore l'élaboration d'accords interprofessionnels, éventuellement sous l'impulsion de la CEPC, pourraient utilement compléter le dispositif et en permettre l'actualisation sans avoir à procéder à d'incessantes réformes.

De façon plus novatrice, on pourrait encore s'interroger sur le point de savoir s'il ne serait pas opportun d'intégrer, au sein de tout ou partie des règles appréhendant les abus, une appréciation économique et de tenir compte de l'impact de la pratique sur la situation de l'opérateur sur le marché. Cette approche « par les effets » conforterait l'idée selon laquelle le droit des pratiques restrictives ne vise pas uniquement à protéger une entreprise, mais s'inscrit aussi dans une logique de bon fonctionnement du marché. Il reste que l'introduction d'une telle exigence réduirait significativement l'étendue de la protection, de sorte qu'il pourrait être opportun de l'accompagner de présomptions de nature à en faciliter la démonstration dans certaines hypothèses (en fonction du type de pratique ou selon la situation de l'opérateur concerné).

Proposition n° 9 : Restructurer le Chapitre II en deux subdivisions respectivement consacrées, d'une part, aux pratiques tarifaires regroupant les dispositions relatives au paiement, celles concernant le contrôle du quantum du prix, celles sur l'imposition d'un prix minimum de revente et enfin celles sur la manipulation des cours, d'autre part, aux pratiques abusives et reconsidérer l'utilité de certaines règles, en supprimant toutes celles qui sont inutiles (l'interdiction per se de l'imposition des prix minima de revente, l'interdiction de la revente à perte ou redondantes), soit avec des dispositions spéciales soit avec le droit des contrats.

IV. La mise en œuvre du droit des pratiques restrictives de concurrence

À droit constant, et dans un souci d'améliorer l'accessibilité des règles, il est suggéré de créer un chapitre spécifiquement dédié aux sanctions et procédures de mise en œuvre des règles du Titre IV. Au-delà, certaines propositions peuvent être formulées quant au contenu même des textes actuels, qu'il s'agisse de la mise en œuvre à l'initiative d'une personne privée, du rôle du ministre de l'Économie et du ministère public, ou encore de la Commission d'examen des pratiques commerciales.

Proposition n° 10 : Créer un chapitre spécifiquement dédié aux sanctions et aux procédures de mise en œuvre des règles du Titre IV.

(a) La mise en œuvre à l'initiative d'une personne privée

En dehors de quelques cas spécifiques (voir, en particulier, l'article L. 442-6-II du Code de commerce), la possibilité pour la victime de demander la nullité de contrats ou de clauses contrevenant au droit des pratiques restrictives de concurrence n'est pas explicitement consacrée par une disposition en ce sens. Cette faculté a été reconnue, à juste titre, par la jurisprudence sur le fondement du droit commun, ceci qu'il s'agisse de pratiques sanctionnées pénalement (par exemple, art. L. 442-5 du Code de commerce) ou encore de pratiques pour lesquelles la loi a uniquement prévu l'engagement de la responsabilité civile (article L. 442-6-I du Code de commerce).

Il n'en apparaît pas moins opportun de consacrer expressément une telle possibilité par une règle spéciale. Outre d'indéniables vertus pédagogiques, une telle disposition permettrait de lever les doutes susceptibles d'être nourris, en l'état du nouvel article 1168 du Code civil, lorsqu'il s'agit de demander la nullité en raison d'un déséquilibre significatif tarifaire ou d'une rémunération manifestement disproportionnée au regard de la valeur du service rendu.

Proposition n° 11 : *Prévoir par une disposition générale la possibilité pour les personnes victimes de violation des dispositions impératives du Titre IV, la possibilité de demander la nullité du contrat.*

(b) La mise en œuvre du droit des pratiques restrictives de concurrence par le ministre de l'Économie et le ministère public

Le problème essentiel tient sans doute à l'abstention des victimes directes répugnant à agir en justice dans certains cas. Cela a conduit le législateur à conférer au ministre de l'Économie et au ministère public un droit d'action devant les juridictions civiles et commerciales. Outre la cessation des pratiques, leur ont été reconnues des prérogatives qui sont ordinairement celles de la victime directe, à savoir la faculté de faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites, de demander la répétition de l'indu ainsi que la réparation des préjudices subis.

Exception faite de la possibilité d'agir en réparation, ces pouvoirs ont effectivement été mis en œuvre par le ministre de l'Économie, tandis que le ministère public n'en a pas fait réellement usage. Dès lors, on peut s'interroger, pour commencer, sur l'intérêt de maintenir des prérogatives en matière civile au bénéfice du ministère public.

Par ailleurs, la faculté de demander « la réparation des préjudices subis », qui ne semble pas être utilisée, soulève des difficultés au regard de la qualification d'action autonome – et non pas de substitution – retenue pour admettre la constitutionnalité et la conventionnalité des dispositions relatives à l'action du ministre. En conséquence, il convient, soit de supprimer radicalement cette prérogative, soit d'en restreindre le contenu aux préjudices liés à l'ordre public concurrentiel.

Proposition n° 12 : *Supprimer dans les dispositions du III, de l'article L. 442-6 du Code de commerce la possibilité pour le ministre public et le ministre chargé de l'économie d'engager l'action en responsabilité prévue par les I et II de cet article ou restreindre cette action aux préjudices liés aux atteintes à l'ordre public concurrentiel.*

S'agissant des autres prérogatives, qui ont été confortées, sur le plan constitutionnel comme au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, elles manquent, au vu du laconisme de l'article L. 442-6-III du Code de commerce, d'un cadre législatif satisfaisant et gagneraient en légitimité à être mieux précisées via la consécration des solutions jurisprudentielles. Au regard de l'ordonnance du 1er février 2016, il serait en outre opportun de substituer à la référence inappropriée faite à la répétition de l'indu celle des restitutions réciproques.

Proposition n° 13 : *En cas de maintien de cette action, préciser les règles de procédure applicables à l'action engagée par le ministère public ou le ministre chargé de l'économie sur le fondement du III de l'article L. 442-6 du Code de commerce.*

Proposition n° 14 : *En cas de maintien de cette action, remplacer dans l'alinéa 2 du III de l'article L. 442-6 du Code de commerce, les termes « répétition de l'indu » par ceux de « restitutions réciproques ».*

Le législateur a aussi introduit la possibilité de demander le prononcé d'une amende civile dont la sévérité n'a cessé de croître au fil des réformes. Le plafond en valeur absolue, initialement fixé à 2 millions d'euros, a été successivement assorti de deux plafonds en valeur relative correspondant, pour l'un, au triple des sommes indûment perçues, et pour l'autre, sur le modèle du droit des pratiques anticoncurrentielles, à un pourcentage du chiffre d'affaires. Par ailleurs, le montant du plafond en valeur absolue a été porté à 5 millions d'euros.

Au regard de cette pluralité de plafonds, on pourrait se demander s'il convient de conserver celui lié aux sommes indûment perçues, tandis que les bénéfices réalisés pourraient être pris en compte au moment de déterminer la sanction. Au-delà, il apparaît opportun de préciser, à destination des juridictions, les critères à partir desquels le montant de l'amende civile peut être fixé. Ces critères peuvent être arrêtés sous l'inspiration de ceux retenus pour la sanction pécuniaire prononcée, en

matière de pratiques anticoncurrentielles, par l'Autorité de la concurrence (article L. 464-2 du Code de commerce) et/ou de ceux envisagés dans le projet de réforme du droit commun de la responsabilité civile (projet d'article 1266 du Code civil).

Proposition n° 15 : Fixer le montant maximum de l'amende civile prévue par l'alinéa 2, du III, de l'article L. 442-6 du Code de commerce au triple du montant des sommes indûment versées et préciser les critères à prendre en compte au regard de la proportionnalité de la sanction.

V. La Commission d'examen des pratiques commerciales

En parallèle a été créée la Commission d'examen des pratiques commerciales qui assure un rôle de régulation des relations économiques bien au-delà des seules relations industrie-commerce, mais dispose de moyens des plus réduits.

Du point de vue de la composition, et pour renforcer (à faible coût) la présence des juristes, proches, qui plus est, des préoccupations des entreprises, il pourrait être prévu de faire siéger un ou deux juges consulaires en activité ou anciens.

Proposition n° 16 : Prévoir à l'article L. 440-1 du Code de commerce la présence de juges consulaires ou d'anciens juges consulaires dans la composition de la Commission d'examen des pratiques commerciales.

Une augmentation, même modeste, des moyens alloués devrait être envisagée afin de permettre à la Commission de mieux exercer son rôle de régulation et d'observatoire des pratiques. Elle pourrait davantage communiquer à destination des entreprises (par exemple, organisation annuelle d'une manifestation destinée à ces dernières, élaboration de fiches pratiques, newsletter publiée tous les deux mois alertant sur les décisions de justice d'importance, en complément du bilan annuel de jurisprudence, etc.).

Proposition n° 17 : *Conférer à la Commission d'examen des pratiques commerciales les moyens d'engager des actions de communication à destination des entreprises et des consommateurs.*

Si la CEPC peut être saisie pour avis par une juridiction, il pourrait être utile d'adjoindre à cette faculté un mécanisme plus souple de type *amicus curiae* permettant à une juridiction de solliciter un éclairage. Par ailleurs, et s'agissant des avis, on pourrait, à l'imitation de ce qui est prévu devant l'Autorité de la concurrence, introduire davantage de dans la procédure préparatoire, les parties au procès ayant la possibilité d'être entendues si elles en expriment le souhait.

Proposition n° 18 : *Prévoir la possibilité pour les juridictions de demander à la Commission d'examen des pratiques commerciales d'intervenir devant les juridictions en tant qu'amicus curiae.*

Proposition n° 19 : *Préciser les règles de procédure afin de renforcer les garanties accordées aux entreprises dans la mise en œuvre de la procédure d'avis prévue au IV, de l'article L. 440-1 du Code de commerce.*

De façon à approfondir le rôle d'organisme partenaire à l'origine du développement de bonnes pratiques, on pourrait prévoir l'organisation en son sein de négociations sectorielles aux fins de voir adopter des codes de bonnes pratiques. De même, l'élaboration de recommandations pourrait être développée, d'autant que cela permettrait d'éviter l'édiction systématique d'une nouvelle règle chaque fois qu'une pratique apparaît (*supra*).

Proposition n° 20 : *Donner le pouvoir à la Commission d'examen des pratiques commerciales d'élaborer avec les partenaires économiques concernés des codes sectoriels de bonnes pratiques.*

Il est encore envisageable de confier à la Commission un rôle de médiation ou de conciliation des plus utiles dans une perspective d'apaisement et de résolution rapide des contentieux.

Proposition n° 21 : *Confier à la Commission un rôle de médiation ou de conciliation.*

3.2 Entretien avec Bertrand du Marais² - Droit public et régulation économique : dix ans après (propos recueillis par Jean-Pierre Testenoire)

Quelle définition donneriez-vous de la régulation ?

Lorsque, en 2004, j'ai publié mon *Droit public de la régulation économique*, la notion de régulation apparaissait à peine dans le vocabulaire politique, et encore moins dans le droit positif. En 2001, le législateur avait utilisé pour la première fois ce terme dans le titre d'une loi qui traitait du fonctionnement de l'économie et des marchés (loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, dite « NRE »). La notion de régulation, cette nouvelle façon de concevoir des politiques publiques avec ses institutions spécifiques, avait pourtant été introduite quelques années auparavant par la loi – et la différence sémantique est importante – de *réglementation* des télécommunications de 1996, qui libérait les télécommunications et créait l'ART, devenue aujourd'hui l'ARCEP (Autorité de régulation des communications électroniques et des postes). Une décennie après, il est intéressant de faire le constat de l'évolution absolument considérable qu'ont subie le droit, et particulièrement le droit public, les institutions administratives et finalement l'ensemble de la société française. Des changements profonds ont marqué tous les secteurs de ce qu'on appelait autrefois les « grands services publics », transformés aujourd'hui en « services collectifs en réseaux ».

Cependant, il faut au préalable s'entendre sur la définition même de ce terme, tant il est polysémique : il faudrait plutôt parler *des régulations*³. J'ai d'ailleurs évolué dans le contenu de cette définition, justement compte tenu de la pratique du juge administratif. Ainsi, en 2004, j'insistais sur l'introduction de la concurrence dans les secteurs administrés, et donc du droit de la concurrence dans le droit administratif. Cette conception, très inspirée de la pratique anglo-saxonne et de la doctrine d'alors de la Commission européenne, renvoyait en fait à la politique de libéralisation.

(2) Conseiller d'Etat, président du *think tank* FIDES (Forum sur les institutions, le droit, l'économie et la société). Cet entretien a été initialement publié dans la revue *Economie et Management* : « Droit public et régulation économique : dix ans après », entretien avec Bertrand du Maris, *Economie et Management*, n° 159, avril 2016, p. 45 et suiv, ©Réseau-Canopé.

(3) Cf. le titre et l'introduction du *Dictionnaire des régulations*, sous la direction de M. Bazex, G. Eckert, R. Lanneau, C. Le Berre, B. du Marais et A. Sée (Paris, LexisNexis, 2015).

Une décennie après, le constat est plus nuancé. En définitive, la régulation pourrait être aujourd'hui définie comme « l'introduction de la préoccupation d'efficacité économique au centre des politiques publiques et donc de leur régime juridique, dans le but d'assurer l'équilibre entre le bon fonctionnement du marché et l'intérêt général⁴ ». Cette nouvelle définition repose donc sur la recherche d'un équilibre juridique et institutionnel entre le droit des marchés et le principe essentiel du droit administratif, l'intérêt général. À cette définition finaliste, on peut aussi ajouter une définition organique, même si cette dernière ne recouvre pas la totalité de la réalité de la régulation. En effet, celle-ci fait intervenir une institution particulière : l'Autorité de régulation indépendante (ARI). Organe de l'État, collégiale, procédant de l'exécutif mais indépendante de celui-ci, elle cumule tous les pouvoirs constitutionnels – exécutif en attribuant les licences d'exploitation ; normatif en prenant des décisions-cadres, des règlements ; quasi judiciaire en prenant des sanctions. La régulation est alors limitée par certains analystes au droit et à la pratique de ces ARI. Celles-ci peuvent être généralistes, comme l'Autorité de la concurrence, ou sectorielles, comme l'ARCEP, la CRE (Commission de régulation de l'énergie), l'ARAFER (Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières), le CSA (Conseil supérieur de l'audiovisuel).

Comment le juge administratif aborde-t-il la notion de concurrence ?

La « révolution copernicienne » que je pressentais à la suite de la mise en place, à la fin des années 1990, des premiers « paquets » de directives européennes instaurant la concurrence dans les secteurs en réseaux, n'a, en définitive, pas atteint la totalité du droit public. Elle a cependant bien eu lieu dans le reste de la société : à l'exception, et encore, des transports ferroviaires, tous les grands services publics en réseaux ont été complètement bouleversés.

(4) Voir M. Bazex et B. du Marais, « Introduction : *Dictionnaire des régulations* : notre conception », *Dictionnaire des régulations*, op. cit.

Cette « révolution copernicienne » n'est pourtant pas vraiment intervenue dans le droit administratif⁵. En effet, le Conseil d'État est relativement réticent à contrôler le fonctionnement des administrations à l'aune du droit de la concurrence. Celui-ci est traditionnellement plutôt l'apanage des juridictions judiciaires, en tant que droit des pratiques anticoncurrentielles des entreprises privées. Certes, le Conseil d'État a appliqué dès 1997 le droit national de la concurrence à une décision administrative (par l'arrêt CE, Sect., 3 novembre 1997, Sté Million et Marais, Rec. Leb. p. 406, s'agissant de la décision d'une commune de déléguer le service public des pompes funèbres par un contrat de concession). Il a, dès lors, ouvert l'ensemble du contentieux administratif au droit de la concurrence dans les quatre à cinq années qui suivirent. Néanmoins, les annulations par le Conseil d'État d'actes administratifs pour méconnaissance du droit de la concurrence sont peu nombreuses. Le juge administratif préfère, en effet, s'appuyer sur des concepts classiques, comme le principe d'égalité, et notamment l'égalité entre concurrents lorsqu'ils font l'objet d'une réglementation ou d'une décision administrative. De même, il lui arrive de sanctionner assez fréquemment les décisions des régulateurs indépendants qui méconnaissent les procédures de consultations publiques spéciales qui leur sont imposées. De ce point de vue, certains sont allés jusqu'à considérer que la régulation ne constituait aucune innovation juridique. Elle serait simplement la remise au goût du jour d'une pratique séculaire de tutelle des marchés par l'État, à travers les instruments classiques de la police administrative des activités économiques (voir la thèse d'A. Sée).

En définitive, le bilan d'une décennie de pratique contentieuse du Conseil d'État, mais aussi de doctrine résultant des avis de ses sections consultatives, est celui d'une acceptation désormais complète des objectifs de la régulation et de ses institutions, notamment les ARI dont le juge reprend souvent les analyses de marché. Cette « conversion » à la régulation n'empêche pas une certaine réticence à faire prévaloir ses instruments

(5) Le droit administratif peut être brièvement défini comme le droit spécifique applicable aux administrations dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique, c'est-à-dire dans l'utilisation de moyens d'action exorbitants du droit commun des personnes privées. Il est le produit des textes législatifs et réglementaires, et plus encore de la jurisprudence de juges spécialisés, qui forment l'ordre des juridictions administratives au sommet duquel siège le Conseil d'État.

spécifiques issus du droit de la concurrence. Le juge administratif est en tout cas, aujourd'hui, pleinement légitime comme acteur de la régulation.

Plus précisément, d'où vient et comment s'est développé le droit de la régulation économique ?

Apparu initialement aux États-Unis, ce terme recouvre à la fois un instrument – que l'on appellerait en français la « réglementation » – et une politique publique bien particulière. Dans cette dernière acception en droit public américain, il signifie le contrôle sur certains marchés de services en réseaux gérés par des opérateurs privés qu'exerce la puissance publique. Ce contrôle est exercé par le juge ou par des organismes particuliers, appelés « régulateurs indépendants », mis en place dès le début du xx^e siècle par les autorités fédérales au nom de l'intérêt général (« *For the sake of the public interest* », selon la jurisprudence de la Cour suprême). Le terme de régulation est donc d'autant plus ambigu pour l'observateur français, voire européen, qu'il correspond en Europe à un cheminement radicalement opposé à celui observé aux États-Unis au cours du xx^e siècle. De ce côté de l'Atlantique, un démantèlement au nom de la concurrence de monopoles (publics) ; de l'autre côté, la constitution de certaines entreprises (privées) en monopole national contrôlées par la puissance publique... Il reste que les concepts du droit américain de la concurrence ont profondément influencé le droit européen à travers leur reprise par la politique britannique de Mme Thatcher. Car cette « révolution copernicienne » est, pour la France, avant tout une révolution européenne. L'introduction de la régulation dans le droit national, par le vecteur du droit de la concurrence, résulte, en effet, de l'action déterminée des institutions communautaires. Un an avant l'arrêt « Million et Marais » cité plus haut, le Conseil d'État, mais sur le terrain du droit européen de la concurrence et après renvoi préjudiciel à la CJCE, était contraint d'annuler un décret conférant un monopole (CE, Sect., 8 novembre 1996, Fédération française des sociétés d'assurance [FFSA]). La même année, la loi de réglementation du 26 juillet 1996 ouvrait entièrement à la concurrence le secteur des télécommunications à compter du 1^{er} janvier 1998, transposant ainsi en avance la directive n° 96/19/CE du 13 mars 1996 modifiant la directive 90/388/ CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications.

Mais alors, comment caractériser l'État régulateur, entre le modèle libéral et le modèle interventionniste ?

Il est très difficile, voire non pertinent, de répondre à cette question. En effet, à un premier niveau d'analyse, l'évolution au cours de cette décennie du droit et de la pratique de la régulation par le juge administratif montre que, partant de l'introduction du droit de la concurrence, instrument de politique publique a priori libéral, le juge administratif en a recherché la conciliation avec d'autres politiques publiques plus traditionnelles et donc plus interventionnistes. À un second niveau, l'analyse du contenu et de la pratique mêmes du droit de la concurrence et des politiques publiques montre qu'il est également très difficile d'accoler une telle étiquette. Ainsi, lorsqu'au début de la libéralisation des télécommunications, le régulateur a mené une régulation « asymétrique », aux dépens de France Telecom, afin de réduire la position dominante de celui-ci et de permettre à de nouveaux entrants de s'implanter sur des marchés émergents, l'instrument de la concurrence a été utilisé de façon ouvertement interventionniste. Inversement, il a fallu beaucoup de constance et de force de caractère à l'Autorité de la concurrence pour lutter contre la stratégie hégémonique de Canal Plus, forte du rachat du seul bouquet satellite concurrent TPS, mais aussi du soutien – voire de l'interférence – de pouvoirs politiques qui invoquaient l'exception culturelle française (voir les arrêts d'Assemblée du Conseil d'État, 21 décembre 2012, Société Groupe Canal Plus et autres, Rec. Lebon, p. 430 et 446). En définitive, l'avènement du droit public de la régulation économique marque le passage à de nouvelles relations entre sphère publique et marchés. Il utilise des opérateurs différents – les régulateurs indépendants plutôt que les entreprises nationalisées. Il observe des pratiques plus transparentes – les consultations publiques que doivent mener les ARI. Il ménage des voies de recours davantage ouvertes devant le juge – remplaçant les négociations politiques entre le président de la République et tel président de grande entreprise publique. Les difficultés de tirer un bilan exhaustif de ce changement de paradigme sont alors multiples. Il reste beaucoup de travaux d'évaluation indépendante à mener pour mesurer l'effet social et économique de ce changement de politique. Celui-ci nécessite également pour le juge, mais aussi plus généralement pour le juriste, de se familiariser avec le raisonnement économique, et réciproquement, ce qui

est contraire à la tradition française de cloisonnement des disciplines académiques. Enfin, pour le juge, mais aussi pour l'ensemble des forces politiques et sociales, concilier marchés et intérêt général suppose de savoir se mouvoir dans un monde où les relations entre pouvoirs économiques et politique se sont étroitement imbriquées.

3.3 Cheik Galokho⁶ - De la nécessité d'une politique de clémence en faveur des personnes physiques

Résumé. En droit positif, la politique de clémence n'existe qu'au profit des entreprises, les personnes physiques ne sont pas concernées. Cette situation n'est pas satisfaisante. L'introduction d'une politique de clémence en faveur des personnes physiques pourrait accroître l'efficacité du programme de clémence en faveur des entreprises en même temps qu'elle permettrait de relancer l'application de sanctions pénales particulièrement dissuasives en matière de formation d'ententes. Les formes de cette politique de clémence à l'adresse des individus pourraient s'inspirer des exemples américains et britanniques.

1. Les personnes morales sont des êtres abstraits « n'ayant ni cœur ni nerfs »⁷, alors que les personnes physiques sont des êtres humains de chair et de sang. Les premières font penser à « des robots »⁸, tandis que les secondes font penser à « des roseaux »⁹. Il est ainsi parfois plus aisé de s'en prendre aux abstractions que constituent les personnes morales plutôt qu'aux réalités concrètes que constituent les personnes physiques. Mais précisément parce qu'elles sont des abstractions, les personnes morales n'ont pas de volonté propre, derrière elles, plus ou moins à l'ombre, ce sont nécessairement les personnes physiques qui œuvrent, et parfois manœuvrent. Ainsi, même si la sanction des personnes morales a fatalement des répercussions sur les personnes physiques qui y ont des intérêts, l'efficacité de la sanction suppose souvent de s'en prendre directement aux personnes physiques ayant animé les personnes morales qui ont versé dans des comportements répréhensibles.

(6) Professeur des universités, université de Perpignan.

(7) J. Carbone, *Sociologie juridique*, 2^e éd., PUF, coll. Quadrige Manuels, 2004, p. 396.

(8) G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1946, p. 86.

(9) L'homme est un « roseau pensant » certes, mais un « roseau » quand même, selon l'expression pascalienne, B. Pascal, *Pensées*, fragment 347.

2. C'est ainsi que, malgré une large dépénalisation du droit de la concurrence, perçue à l'époque comme le gage d'une certaine souplesse et le vecteur d'une forme de modernité, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a prévu, dans son article 17, des sanctions pénales contre les personnes physiques ayant pris part à des pratiques anticoncurrentielles. Héritier de l'article 17 de l'ordonnance, l'article L. 420-6 du Code de commerce dispose désormais qu' « Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75 000 € le fait pour toute personne physique, de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre des pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2 ». Cet article interroge quant à son articulation avec la procédure de clémence.

3. Manifestation d'un droit de la concurrence qui gagne en sophistication, la procédure de clémence n'est apparue en droit interne qu'avec la loi n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001, dite loi NRE. L'ordonnance de 1986, déjà bien occupée à construire les fondations d'un droit de la concurrence moderne libéré des pesanteurs administratives qui marquait encore ce droit au sortir de l'après-guerre, ne contient nulle référence à une quelconque procédure de clémence. C'est que la mise en place des politiques de clémence suppose un droit de la concurrence suffisamment élaboré et suffisamment connu des entreprises pour attiser leur crainte et les inciter à coopérer dans la détection des ententes dans l'espoir de voir leurs sanctions pécuniaires administratives écartées ou, au moins, réduites. La procédure de clémence permet en effet d'accorder un traitement favorable aux entreprises qui coopèrent avec l'Autorité de la concurrence dans la détection et la sanction des cartels auxquelles elles ont participé. Plus précisément, l'article L. 464-2 du Code de commerce énonce aujourd'hui, dans son IV, qu'« Une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d'autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont l'Autorité ou l'administration ne disposaient pas antérieurement. » La clémence dont il s'agit ne témoigne donc pas d'une forme d'empathie envers l'entreprise qui s'est livrée à l'infraction concurrentielle, il s'agit plutôt

d'une clémence intéressée, tournée vers la détection et la sanction des ententes. Le législateur a estimé que les ententes étaient si préjudiciables pour l'économie, et notamment les consommateurs, que leur détection méritait de faire bénéficier d'un traitement favorable les entreprises qui informent les autorités de concurrence de l'existence de ces pratiques anticoncurrentielles et qui coopèrent avec elles afin d'y mettre fin¹⁰. L'idée est que le bénéfice que le consommateur tire de voir des ententes plus sûrement et plus fréquemment détectées l'emporte sur l'intérêt qu'il peut y avoir à sanctionner pécuniairement toutes les entreprises¹¹.

4. Comme cela a été observé dans une étude thématique de l'ancien Conseil de la concurrence, en plus de l'espoir d'une immunité ou d'une réduction des sanctions pécuniaires encourues, la réussite d'un programme de clémence repose en particulier sur deux craintes qu'un droit de la concurrence encore en construction, comme c'était le cas en 1986, ne peut que difficilement inspirer¹². D'abord, il faut que les entreprises craignent de subir de lourdes sanctions dans le cas où elles seraient découvertes dans leur comportement anticoncurrentiel. Or, en droit interne, l'accroissement substantiel des amendes prononcées contre les entreprises se livrant à des pratiques anticoncurrentielles est un phénomène qui est apparu, non pas dès 1986, mais au cours des années 2000¹³, avec une accélération significative pendant les années 2010¹⁴. Le lien entre la crainte de lourdes sanctions et l'efficacité des politiques de clémence a parfaitement été compris par le législateur. C'est ainsi qu'en même temps qu'elle mettait en place le programme français de clémence, la loi NRE de 2001 augmentait aussi le plafond des

(10) Aut. conc., Communiqué de procédure relatif au programme de clémence français, 3 avril 2015, pt 12.

(11) Aut. conc., Communiqué de procédure relatif au programme de clémence français, *ibid.*

(12) V. Sur les conditions d'une politique de clémence efficace, V. Cons. conc., Étude thématique, Sanctions, injonctions, engagements, transaction et clémence : les instruments de la mise en œuvre du droit de la concurrence, Rapport annuel 2005, p. 159 et s., ci-après Cons. conc., Étude thématique ; *addé* S. D. Hammond, « Cornerstones of an Effective Leniency Program », speech before the ICN Workshop on Leniency Programs, 22-23 nov. 2004, <https://www.justice.gov/atr/speech/cornerstones-effective-leniency-program>.

(13) Sur l'évolution des sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil de la concurrence entre 2001 et 2006, V. Rapport annuel 2006, p. 21-22.

(14) Sur l'évolution des sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité de la concurrence depuis 2008, V. Rapport annuel 2015, p. 21-22.

amendes¹⁵. Ensuite, il faut que les entreprises perçoivent un risque important de détection de leur pratique anticoncurrentielle par les autorités de concurrence. « En effet, plus les chances que la pratique anticoncurrentielle soit détectée sont élevées, plus l'incitation est forte pour les participants à sortir du cartel pour le dénoncer aux autorités en échange d'un traitement favorable. »¹⁶ Or, là encore, le risque de détection pouvait sembler restreint à l'époque où l'ordonnance de 1986 mettait en place les bases du droit de la concurrence d'aujourd'hui. Depuis, les autorités de concurrence, aussi bien internes qu'européennes, ont fait la preuve de leur capacité à détecter, à poursuivre et à sanctionner les pratiques anticoncurrentielles. La menace que constitue le droit de la concurrence n'est plus perçue comme lointaine et improbable. Bien au contraire. Les cartels détectés, dans des secteurs divers et variés, se multiplient entraînant dans leur sillage des sanctions pécuniaires de plus en plus importantes¹⁷. L'ensemble contribue à rendre plus grande et plus prégnante la crainte chez les entreprises participant à une entente secrète de passer sous les fourches caudines de l'Autorité de la concurrence.

5. À l'instar de la Commission européenne et de nombreuses autres autorités de concurrence, l'Autorité de la concurrence présente sa politique de clémence comme son instrument le plus efficace dans la lutte contre les ententes secrètes¹⁸. Selon les mots mêmes de son ancien président, « La clémence représente un outil formidable qui rétablit une certaine symétrie puisque les entreprises coopèrent à la détection »¹⁹. Mais aussi « formidable » soit-elle, la politique de clémence en droit interne n'évolue pas pour autant dans le meilleur des mondes possibles. Ainsi, une difficulté jaillit lorsque l'on observe qu'il n'existe pas en droit interne de la concurrence une procédure de clémence en faveur des personnes physiques. La clémence n'est en effet possible que pour les entreprises

(15) Cons. conc., Étude thématique, préc., p. 159.

(16) Cons. conc., Étude thématique, préc., p. 160.

(17) Pour une illustration de l'activité très soutenue de l'Autorité de la concurrence, V. son Rapport annuel 2015, spéc. p. 10 et s.

(18) R. Fabre et A. Dowding, « La clémence : le cœur et la raison », *Cah. dr. entr.*, n° 1, janv. 2007, dossier 1, spéc. I, B.

(19) Audition de M. Bruno Lasserre, président de l'Autorité de la concurrence, Commission des affaires économiques, 6 mai 2015, Compte rendu n° 56, p. 15, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/cr-eco/14-15/c1415056.pdf>.

dans le cadre des amendes administratives que l'Autorité de la concurrence peut leur infliger pour leur participation à une entente. Ainsi, la clémence accordée à l'entreprise par l'autorité administrative ne fait pas obstacle à l'exercice de poursuites pénales par l'autorité judiciaire. L'efficacité de la procédure de clémence à l'égard des entreprises peut de la sorte pâtir de l'absence de procédure de clémence à l'égard des personnes physiques. De fait, les dirigeants, salariés et collaborateurs de l'entreprise qui ont pris une part directe à la pratique anticoncurrentielle peuvent empêcher ou freiner les révélations de leur entreprise pour tenter d'échapper aux sanctions pénales qui pourraient leur être infligées si l'entente était révélée au grand jour. Il existe ainsi plusieurs justifications possibles à la mise en place d'une politique de clémence en faveur des personnes physiques (I). Les formes que pourrait prendre cette protection des personnes physiques sont elles aussi diverses (II).

I. Les justifications possibles d'une politique de clémence en faveur des personnes physiques

Plusieurs raisons plaident en faveur de l'instauration en droit interne d'une politique de clémence en faveur des personnes physiques. Il est possible de mettre l'accent sur deux d'entre elles. En premier lieu, une meilleure protection des personnes physiques pourrait améliorer l'efficacité de la politique de clémence en faveur des entreprises (A). En second lieu, l'introduction d'une politique de clémence en faveur des personnes physiques pourrait aussi favoriser l'application des sanctions pénales contre les pratiques anticoncurrentielles (B).

A. Une protection des personnes physiques pouvant améliorer l'efficacité de la politique de clémence en faveur des entreprises

6. Les sanctions pénales prévues par l'article L. 420-6 du Code de commerce contre les personnes physiques directement impliquées dans une pratique anticoncurrentielle ne peuvent être écartées ou réduites parce que ces personnes interviennent dans une entreprise qui bénéficie de la politique de clémence. Autrement dit, le traitement favorable dont peut bénéficier l'entreprise qui coopère avec l'Autorité de la concurrence dans la détection de l'entente ne saurait se traduire par une protection contre les poursuites pénales susceptibles d'être engagées contre ses dirigeants, salariés et collaborateurs ayant pris part à l'entente. Au regard des textes, la clémence en faveur de la personne morale ne peut se traduire par une clémence en faveur des personnes physiques.

7. Ce hiatus entre le sort réservé aux entreprises et celui réservé aux personnes physiques peut nuire à l'efficacité de la politique de clémence en faveur des entreprises en incitant les personnes physiques à ne pas coopérer dans le cadre du programme de clémence de leur entreprise. Or l'efficacité de la clémence en faveur des entreprises suppose nécessairement une coopération pleine et entière de ses collaborateurs directement impliqués dans l'entente. De fait, pour déterminer si elle doit s'engager dans une procédure de clémence et dénoncer l'entente, l'entreprise doit être en mesure d'apprécier, au moins dans ses grandes lignes, l'ampleur de la sanction pécuniaire qu'elle encourt en s'abstenant de coopérer avec l'autorité de concurrence²⁰. L'ampleur de la sanction pécuniaire dépend pour l'essentiel de la gravité de la pratique anticoncurrentielle et de sa durée²¹. Or, pour obtenir les informations relatives à ces éléments, l'entreprise doit nécessairement s'adresser à ses dirigeants, ses salariés et ses collaborateurs qui ont directement participé à l'infraction. Mais ces personnes physiques peuvent s'abstenir de

(20) M. Debroux, « Le brouillard de la clémence en droit de la concurrence : quelles décisions stratégiques ? », in A. Masson, (dir.), *Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence*, Éditions Larcier 2013, p. 164, spéc. II. A. ; Cons. conc., Étude thématique, préc., p. 160.

(21) Aut. conc., Communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, 16 mai 2011.

s'engager dans une collaboration pleine et entière avec l'entreprise étant donné qu'elles savent que la clémence dont celle-ci pourrait bénéficier ne leur garantirait aucune protection contre les sanctions individuelles susceptibles de leur être infligées²². Alors que « La coopération avec les autorités implique bien souvent la nécessité d'un accès plein et entier à la « mémoire » du cartel, à savoir l'ensemble des personnes impliquées »²³, cette « mémoire » peut être frappée d'amnésie totale ou sélective sachant que la clémence sera limitée à l'entreprise et qu'elle risque, pour sa part, de subir des sanctions pénales.

8. Il est vrai que les sanctions pénales pour pratiques anticoncurrentielles prévues par l'article L. 420-6 du Code de commerce sont rarement mises en œuvre. La raison principale en est que, par volonté de protection de l'efficacité de sa politique de clémence en faveur des entreprises, l'Autorité de la concurrence transmet peu de dossiers de pratiques anticoncurrentielles au procureur de la République. L'article L. 462-6, alinéa 2, du Code de commerce prévoit certes que, « Lorsque les faits lui paraissent de nature à justifier l'application de l'article L. 420-6, [l'Autorité de la concurrence] adresse le dossier au procureur de la République », mais cette disposition est rarement mise en œuvre en pratique. Selon une pratique désormais constante, l'Autorité de la concurrence s'engage en effet à ne pas transmettre le dossier au parquet en présence d'un cas de clémence. Autrement dit, l'Autorité de la concurrence ne transmettra pas au procureur de la République les dossiers dans lesquels le ou les bénéficiaires de la clémence sont susceptibles de faire l'objet de sanctions pénales²⁴. Ainsi qu'elle le rappelle clairement dans son dernier communiqué de procédure relatif au programme de clémence français, « L'Autorité considère que la clémence est au nombre des motifs légitimes qui justifient la non-transmission au parquet d'un dossier dans lequel les personnes physiques, appartenant à l'entreprise qui a bénéficié d'une exonération de sanctions pécuniaires, seraient susceptibles de

(22) M. Debroux, « Le brouillard de la clémence en droit de la concurrence : quelles décisions stratégiques ? », préc., II, A.

(23) M. Debroux, « Le brouillard de la clémence en droit de la concurrence : quelles décisions stratégiques ? », préc., III, C.

(24) Cons. conc., Étude thématique, préc., p. 176.

faire aussi l'objet de telles poursuites. »²⁵ De manière générale, l'autorité interne de concurrence présente comme purement théorique le risque de mise en œuvre de l'article L. 420-6 du Code de commerce à l'égard de personnes physiques intervenant dans une entreprise ayant bénéficié d'une politique de clémence. En effet, comme elle remarque dans son rapport pour l'année 2005, l'autorité interne de concurrence ne préconise des sanctions pénales contre les personnes physiques que pour les cas dans lesquels l'instigateur de l'entente a exercé une contrainte ou a fait usage de menaces à l'encontre des autres membres de l'entente pour les y entraîner ou les y maintenir. Or il s'agit là précisément de l'une des hypothèses pour lesquelles l'autorité interne de concurrence se refuse à accorder la clémence²⁶. L'idée est donc qu'en pratique, tant pour des raisons liées à la protection de l'efficacité de la politique de clémence que pour des justifications tenant à la volonté de réserver les sanctions les plus sévères aux seules personnes physiques qui ont joué un rôle contraignant dans l'entente, l'autorité interne de concurrence ne transmet pas le dossier au procureur de la République lorsque les personnes physiques en cause appartiennent à une entreprise qui a bénéficié d'une exonération totale ou partielle de sanctions pécuniaires administratives. La clémence et les sanctions pénales seraient ainsi vouées à ne jamais se rencontrer.

9. En réalité, ce n'est pas parce que les sanctions pénales de l'article L. 420-6 du Code de commerce sont rarement mises en œuvre que leur simple existence et l'absence de possibilité de clémence à leur égard n'en constituent pas moins une menace qui peut dissuader les personnes physiques ayant pris une part directe à l'entente d'apporter une coopération pleine et entière à la procédure de clémence de leur entreprise. De fait, l'absence d'une politique de clémence à l'égard des personnes physiques combinée à l'existence de l'article L. 420-6 a pour conséquence que les dirigeants, salariés et collaborateurs de l'entreprise

(25) Aut. conc., Communiqué de procédure relatif au programme de clémence français, préc., pt 53 ; G. Decocq, « Le rôle du ministère public au regard du pouvoir de sanction des autorités indépendantes. - En droit de la concurrence », *Cah. dr. entr.*, n° 5, sept. 2015, dossier 42, spéc. 1.

(26) Cons. conc., Étude thématique, préc., p. 176.

qui acceptent de coopérer au programme de clémence de leur entreprise le feront avec une épée de Damoclès au-dessus d'eux. Même si l'Autorité de la concurrence ne transmet pas le dossier au parquet, l'action publique pourrait parfaitement être mise en mouvement d'une autre manière.

10. D'abord, l'absence de transmission du dossier au parquet n'empêche pas celui-ci, de sa propre initiative, d'engager spontanément des poursuites pénales contre les personnes physiques dont il apprendrait la participation à une pratique anticoncurrentielle. Le fait que ces personnes physiques appartiennent à une entreprise qui a bénéficié d'une exonération totale ou partielle de sanctions administratives pécuniaires dans le cadre d'une politique de clémence devant l'Autorité de la concurrence ne ferait nullement obstacle à l'exercice spontané de poursuites pénales contre elles par un procureur de la République, qui dispose de l'opportunité des poursuites.

11. Par ailleurs, des poursuites pénales pourraient parfaitement être exercées contre ces personnes physiques, à l'initiative des victimes des pratiques anticoncurrentielles. Conformément aux règles du droit commun de la procédure pénale, les victimes peuvent mettre en mouvement l'action publique en se constituant parties civiles devant le juge d'instruction ou en procédant à une citation directe. Là encore, en l'absence de toute politique de clémence en faveur des personnes physiques, le fait que ces personnes fassent partie d'une entreprise qui a bénéficié à titre personnel d'une exonération de sanction ne saurait empêcher les victimes de l'entente en cause de mettre en mouvement l'action publique contre elles. Il va de soi que ni le parquet ni les victimes du cartel ne sauraient être liés par l'engagement de l'Autorité de la concurrence de ne pas être à l'initiative de poursuites pénales contre les personnes physiques faisant partie d'une entreprise qui a bénéficié d'une politique de clémence.

12. Enfin, il faut noter que si l'Autorité de la concurrence s'engage à ne pas transmettre le dossier au parquet en présence d'un cas de clémence, on ne trouve nul engagement de ce type de la part de la DGCCRF. L'action pénale contre des personnes physiques pourrait donc être engagée à l'initiative de la DGCCRF en dépit de la mise en œuvre de la clémence à

l'égard de l'entreprise²⁷. Le risque est d'autant plus grand que la DGCCRF est en première ligne dans le recueil d'indices de pratiques anticoncurrentielles. Certes, les poursuites pénales initiées directement par le parquet, les victimes de l'entente ou encore la DGCCRF sont loin d'être légion. Cependant, leur simple possibilité peut constituer une crainte pour les personnes physiques ayant directement participé à l'entente.

13. En dépit de l'engagement de l'Autorité de la concurrence de ne pas transmettre le dossier au parquet lorsque l'entreprise a bénéficié de la politique de clémence et malgré la rareté des poursuites pénales initiées par d'autres voies, l'effet dissuasif du risque de sanctions pénales sur la coopération des personnes physiques ayant pris une part directe à l'entente ne doit pas être minimisé. L'absence de politique de clémence à l'égard des personnes physiques peut bien entendu entraver la coopération des collaborateurs actuels de l'entreprise, mais l'effet dissuasif sera encore plus grand pour les anciens collaborateurs de l'entreprise. Ayant quitté l'entreprise pour une raison ou pour une autre, chacun conviendra qu'ils hésiteront particulièrement à coopérer dans le cadre d'une politique de clémence sollicitée par cette dernière, sachant que non seulement ils n'en tireront aucun bénéfice, même indirect, mais qu'en outre ils risquent de faire l'objet de poursuites pénales. Les entreprises soulignent ainsi « le problème d'obtenir la coopération d'anciens employés qui sont soit partis à la retraite soit dans une autre entreprise. Ces anciens employés n'ont pas de motivation particulière à coopérer pour le compte de leur ancien employeur »²⁸. L'une des solutions trouvées par les entreprises pour inciter les anciens employés à coopérer est de leur verser un paiement en contrepartie de leur participation à la procédure de clémence²⁹. Mais aussi importante que puisse être cette contrepartie financière, il n'est pas certain qu'elle puisse vaincre les craintes que peut éprouver un ancien collaborateur de coopérer à une procédure de clémence qui ne peut lui bénéficier et qui pourrait se traduire *in fine* par des poursuites pénales contre lui. Les dirigeants, salariés et collaborateurs qui sont encore au

(27) V. ici les observations de l'AFEP à l'occasion du projet de révision du programme de clémence français, 1er mars 2007, p. 5, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/obsclémence_afep.pdf.

(28) Aut. conc., Étude relative au programme de clémence français, 15 avr. 2014, spéc. p. 9, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/etude_clemence_avril2014.pdf.

(29) Aut. conc., Étude relative au programme de clémence français, *ibid.*

service de l'entreprise auront plus d'incitation et d'intérêt à coopérer pour que l'entreprise pour laquelle ils travaillent encore puisse bénéficier du traitement le plus favorable possible de la part de l'Autorité de la concurrence. Mais là encore le risque de sanctions pénales encourues par les personnes physiques peut conduire les collaborateurs même actuels de l'entreprise à privilégier leur instinct de conservation et, donc, à limiter le plus possible leur coopération afin d'échapper aux poursuites pénales. Tant les entreprises que les praticiens du droit de la concurrence citent ainsi la crainte de poursuites pénales parmi les principaux facteurs dissuasifs de la présentation d'une demande de clémence. Pour les entreprises, derrière la lourdeur de la procédure de clémence, la crainte de sanctions pénales vient même au deuxième rang des facteurs les plus dissuasifs du dépôt d'une demande de clémence auprès de l'Autorité de la concurrence³⁰.

14. En éliminant ce facteur de dissuasion, l'introduction d'une politique de clémence en faveur des personnes physiques pourrait ainsi favoriser le dépôt de demandes de clémence de la part des entreprises. La politique de clémence en faveur des personnes physiques favoriserait ainsi l'efficacité de la politique de clémence en faveur des entreprises. À cet égard, il est possible de citer l'exemple du droit antitrust des États-Unis. Pour lutter contre les ententes, les États-Unis se sont dotés d'une politique de clémence en faveur des entreprises dès 1978. Mais cette politique de clémence n'a vu ses résultats croître de manière spectaculaire qu'avec trois grandes réformes intervenues en 1993 : l'immunité est devenue automatique dès lors qu'une entreprise est la première à dénoncer une entente alors qu'aucune enquête n'est en cours ; la clémence a été rendue possible même après l'ouverture d'une enquête ; la possibilité pour les personnes physiques de bénéficier d'une politique de

(30) Aut. conc., Étude relative au programme de clémence français, préc., p. 7 ; V. aussi M. Malaurie-Vignal, « Que reste-t-il de la dépénalisation voulue par les rédacteurs de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ? - Bilan et perspectives », *Contrats conc. consom.* 2006, 24, spéc. pts 13 et 14, remarquant que « La crainte d'une action pénale est un sérieux handicap au développement des demandes de clémence introduites devant les autorités de concurrence. » ; J.-B. Blaise, « La sanction pénale », in Les sanctions du droit de la concurrence, Dossier par Louis Vogel et Joseph Vogel, *JCP, éd. E.* 2013, 1170, spéc. pt 9, observant que « La contradiction subsiste : les dirigeants d'entreprises ne seront pas incités à dénoncer les pratiques anticoncurrentielles s'ils restent exposés à une sanction pénale. »

clémence a été introduite³¹. Ces évolutions ont conduit à multiplier par plus de vingt le nombre de demandes de clémence présentées chaque année devant les autorités américaines de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles³². Même si tout le crédit de cette hausse pour le moins impressionnante ne saurait être attribué à la seule introduction d'une politique de clémence en faveur des personnes physiques, on s'accorde pour considérer que cette innovation y a joué un rôle non négligeable³³. L'exemple du droit américain montre que l'introduction d'une politique de clémence en faveur des personnes physiques, en fournissant une protection réelle aux collaborateurs directement impliqués dans l'entente, peut favoriser le dépôt de demandes de clémence de la part des entreprises dans lesquelles ces personnes interviennent. *Mutatis mutandis*, il est permis de penser qu'un tel effet positif sur le nombre de demandes de clémence présentées par les entreprises pourrait aussi être obtenu en France en cas d'introduction d'une politique de clémence en faveur des personnes physiques. La mise en place d'une clémence à l'égard des individus pourrait également rendre plus effectif l'outil redoutable que peuvent constituer les sanctions pénales dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles

(31) OCDE, Fighting Hard Core cartels : Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes (2002), p. 12 ; adde J. Ch. Roda, *La clémence en droit de la concurrence, étude comparative des droits américain et européens*, préf. C. Prieto, PUAM, 2008, spéc. pt 169 et s.

(32) OCDE, Fighting Hard Core cartels : Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes, préc., p. 12.

(33) OCDE, Cartel Sanctions against individuals, Policy roundtables (2003), p. 102 ; adde S. D. Hammond, « Cornerstones of an Effective Leniency Program », préc., III.

B. Une protection des personnes physiques pouvant favoriser l'application des sanctions pénales des pratiques anticoncurrentielles

15. Les sanctions pénales prévues par l'article L. 420-6 contre les pratiques anticoncurrentielles sont rarement mises en œuvre. Il est vrai que les décisions mettant en œuvre ces sanctions ne sont pas inexistantes³⁴. On a même pu penser au début des années 2000 que l'on assisterait à une montée en puissance de la sanction pénale des pratiques anticoncurrentielles³⁵. Mais, à la vérité, la mise en œuvre de la répression pénale des ententes, surtout si on la compare à la multiplication des amendes administratives prononcées contre les entreprises, est demeurée limitée³⁶. La principale raison de cette faible application vient de la pratique de l'autorité interne de concurrence consistant à ne pas transmettre au parquet les dossiers dans lesquels une entreprise a bénéficié de la politique de clémence³⁷. La volonté de préserver l'efficacité de la politique de clémence en faveur des entreprises conduit donc, en pratique, à une quasi-paralysie de l'application des sanctions pénales des ententes.

16. L'autorité interne de concurrence a elle-même eu l'occasion de déplorer le fait que son engagement général de ne pas transmettre au parquet les dossiers dans lesquels une entreprise avait bénéficié de la clémence la conduisait à renoncer à utiliser, à l'encontre des autres membres du cartel non bénéficiaires de la clémence, des sanctions pénales qui peuvent être particulièrement dissuasives dans les affaires portant sur les ententes les plus graves³⁸. En raison de l'absence d'articulation entre la politique de clémence en faveur des entreprises et la

(34) B. Mounier-Kuhn et E. Dieny, « Responsabilité des dirigeants et collaborateurs de l'entreprise dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles : perspectives », *JCP, éd. E*, 2008, 1232.

(35) E. Claudel, « Sanctions pénales des pratiques anticoncurrentielles : le printemps de l'article L. 420-6 du Code de commerce », *RTD com.* 2003 p. 80.

(36) J.-M. Folz, Ch. Raysseguier et A. Schaub (membres), E. Chantrel Ch. Navacelle (rapporteurs), *Rapport Sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles*, 2010, p. 19 ; E. David, « Les poursuites pénales contre les auteurs de pratiques anticoncurrentielles : L'exemple de la France depuis l'ordonnance du 1er décembre 1986 », *Concurrences*, n° 2-2006, p. 175 ; J.-B. Blaise, « La sanction pénale », préc., pt 10, évoquant une dizaine de condamnations depuis 1986.

(37) J.-M. Folz, Ch. Raysseguier et A. Schaub (membres), E. Chantrel Ch. Navacelle (rapporteurs), *Rapport Sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 19.

(38) Cons. conc., Étude thématique, préc., p. 177.

procédure pénale, la clémence individuelle dans le cadre de la procédure administrative devant l'Autorité de la concurrence conduit ainsi à une clémence pénale générale.

17. Cette faible application des sanctions pénales, au nom de la sauvegarde de l'efficacité de la politique de clémence en faveur des entreprises, n'est pas satisfaisante car elle conduit à se priver d'un outil particulièrement efficace dans la lutte contre les ententes. Le risque de sanction pénale est en effet considéré comme extrêmement dissuasif³⁹. Un détour par le droit antitrust américain permettra d'illustrer le propos. Aux États-Unis, en plus des lourdes amendes pénales qui peuvent être prononcées contre les entreprises, les personnes physiques qui ont participé à une pratique anticoncurrentielle encourent une amende pénale pouvant atteindre 1 million \$ et une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à 10 ans. Ce niveau élevé des sanctions pénales encourues résulte en particulier d'une réforme intervenue en 2004, qui a fait passer l'amende maximale de 350 000 \$ à 1 million \$ et l'emprisonnement maximal de 3 à 10 ans⁴⁰. À cette sévérité du législateur s'est ajoutée une sévérité de l'autorité chargée de mettre en œuvre le droit antitrust, à savoir la Division antitrust du département de la justice des États-Unis (DOJ).

18. Les chiffres du DOJ montrent en effet que sur les deux décennies entre 1990 et 2010, le nombre d'individus condamnés à des peines d'emprisonnement n'a cessé de croître. Particulièrement à partir des années 2000, les personnes physiques qui violent le droit antitrust ont été condamnées plus fréquemment à des peines d'emprisonnement et pour des durées plus longues. Le pourcentage de personnes physiques condamnées à des peines d'emprisonnement est ainsi passé de 37, en 1990, à 80, en 2009⁴¹. Cette sévérité des sanctions pénales prononcées contre les

(39) OCDE, Cartel Sanctions against individuals, préc.

(40) S. D. Hammond, « The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades », speech before the ABA Criminal Justice Section And the ABA Center for Continuing Legal Education 24th annual national institute on white collar crime, 25 fév. 2010, spec. p. 4, note 6, <https://www.justice.gov/atr/file/518241/download>.

(41) Sur ces chiffres, V. S. D. Hammond, « The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades », préc., p. 8.

personnes physiques a permis de rendre le droit antitrust extrêmement dissuasif. La crainte du risque d'emprisonnement pour leurs dirigeants, salariés et collaborateurs a ainsi conduit les entreprises à multiplier les demandes de clémence⁴². Cette crainte a aussi poussé certaines entreprises à renoncer à étendre leur cartel au territoire américain pour ne pas entraîner leurs dirigeants et salariés dans les filets des sanctions pénales prévues par le droit antitrust. Un dirigeant de la Division antitrust du DOJ remarquait ainsi que son équipe avait eu l'occasion de découvrir des cartels illégaux et profitables en Europe, en Asie et dans d'autres parties du monde, mais dont les membres prenaient toutes les précautions pour ne pas étendre leur activité répréhensible aux États-Unis uniquement en raison du risque de sanctions pénales. Le plus surprenant, et sans doute la preuve éclatante de l'effet fortement dissuasive des sanctions pénales, est qu'il s'agissait là de cartels qui avaient l'opportunité de viser les États-Unis, parce que leurs membres y vendaient leurs produits et services. Dans certains cas, le marché américain était même leur marché le plus étendu et donc potentiellement le plus profitable, mais cela n'empêchait pas les cartels en cause de s'arrêter à la frontière du territoire américain. La raison en est que les dirigeants, salariés et collaborateurs des entreprises prenant part aux cartels en cause n'avaient aucune volonté de prendre le risque d'être envoyés dans les geôles américaines⁴³.

19. Les sanctions pénales, spécifiquement les peines d'emprisonnement, apparaissent plus dissuasives que les politiques de clémence en faveur des entreprises. Certes, il est clair que les programmes de clémence peuvent avoir un effet dissuasif. De fait, lorsque des entreprises décident de s'engager dans une entente, elles savent qu'à tout moment l'une d'entre elle peut dénoncer l'infraction, échapper aux sanctions pécuniaires et laisser celles qui sont restées muettes subir les foudres du droit de la concurrence. Il convient de rappeler que le développement

(42) S. D. Hammond, « The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades », préc., p. 8.

(43) S. D. Hammond, « Cornerstones of an Effective Leniency Program », préc., II ; V. aussi B. Snyder, « Individual Accountability for Antitrust Crimes », Remarks as Prepared for the Yale School of Management Global Antitrust Enforcement Conference, 19 fév. 2016, <https://www.justice.gov/opa/file/826721/download>.

des politiques de clémence dans le monde repose sur l'analyse rationaliste du comportement des entreprises développée par l'économiste américain G. Becker. Si l'on en croit cet économiste, il y va de l'action infractionnelle comme de toute action humaine : les lois de la rationalité s'appliquent. Autrement dit avant de s'engager dans une infraction, l'individu fait un calcul entre les coûts et les bénéfices de l'infraction. L'individu ne réalisera l'infraction que si ses bénéfices l'emportent sur ses coûts et y renoncera dans le cas contraire⁴⁴.

20. S'agissant des ententes qui n'existent pas encore, l'existence d'une politique de clémence peut dissuader leur constitution. Plutôt que d'être exposées à l'incertitude et au risque d'être victimes de la dénonciation des autres membres d'une entente, certaines entreprises peuvent ainsi renoncer à prendre part à un cartel auquel elles auraient participé si la politique de clémence n'existait pas. De fait, l'existence des politiques de clémence permet certes de limiter les coûts de l'entente pour les entreprises qui en bénéficient, mais elle conduit aussi à les multiplier pour celles qui en sont exclues. Ces dernières peuvent particulièrement souffrir d'un désavantage dans la concurrence par rapport à leurs rivales qui ont participé comme elles à des ententes mais qui, grâce à la clémence, auront bénéficié d'une exonération totale ou partielle de sanctions pécuniaires, là où ces entreprises subiront pour leur part des amendes importantes sans aucune réduction.

21. S'agissant des ententes qui existent déjà, l'existence d'une politique de clémence peut dissuader de leur poursuite en favorisant leur détection. En effet, la politique de clémence peut exercer un effet déstabilisateur sur les ententes secrètes en incitant leurs membres à les dénoncer dans l'espoir d'obtenir une exonération totale ou partielle d'amende. La politique de clémence « fragilise toutes les ententes secrètes, chaque participant craignant d'être exposé à la trahison des autres »⁴⁵.

(44) G. S. Becker, « Crime and Punishment : An Economic Approach », *Journal of Political Economy*, 76 (2), p. 169-217 ; disponible aussi sur <http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>.

(45) G. Parléani, « La sanction pénale des pratiques anticoncurrentielles : Essai d'une problématique », Colloque Paris, 13 nov. 2007, *Concurrences*, n° 1-2008, spéc. pt 5.

22. Cela étant, si les politiques de clémence n'ont pas d'égal en termes de détection des ententes, leur efficacité en termes de dissuasion est plus controversée. Certaines études économiques montrent que les politiques de clémence ont des effets ambigus en ce qui concerne la dissuasion dans la formation des ententes⁴⁶. Ces politiques pourraient même encourager la constitution d'ententes. Une entreprise peut être incitée à se lancer dans une entente en ayant l'espoir que si elle la dénonce et qu'elle coopère avec les autorités de concurrence, elle pourra compter sur une immunité ou au moins sur une réduction de l'amende encourue⁴⁷. Il ne faut pas confondre l'effet positif indéniable des politiques de clémence dans la détection des ententes avec un effet positif éventuel de ces politiques dans la dissuasion des ententes. Ainsi, une politique de clémence trop généreuse offrant d'importantes réductions d'amendes à de multiples entreprises pourrait apparaître comme efficace en termes de détection des ententes, alors qu'elle se traduirait par ailleurs par une baisse de la dissuasion et donc par une augmentation du nombre d'ententes formées⁴⁸.

23. Une augmentation du nombre d'ententes détectées et sanctionnées ne signifie pas pour autant une amélioration de la puissance dissuasive du droit de la concurrence. En effet, la hausse du nombre d'ententes détectées peut tout simplement être la conséquence d'une augmentation du nombre d'ententes formées⁴⁹. Les données économiques dont on dispose ne sont pas encore suffisamment fournies pour déterminer si l'augmentation du nombre d'ententes réprimées est la conséquence

(46) C. Beaton-Wells, « Leniency policies in anti-cartel enforcement : Critical review is well overdue », *Concurrences*, n° 3-2015 ; M.-H. Chang and JE Harrington Jr, « When Can We Expect a Corporate Leniency Program to Result in Fewer Cartels ? » (2014), http://assets.wharton.upenn.edu/~harrj/pdf/Leniency_08.11.14.pdf. V., cependant, en faveur de l'effet dissuasif des politiques de clémence dans le contexte du droit de l'UE, W. P. J. Wils, « The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years », paper presented at King's College London Centre of European Law, 15 juin 2016, spec. II, B et III, C, *World Competition*, Volume 39, Issue 3, September 2016, p. 327 ; disponible aussi sur <http://ssrn.com/author=456087>.

(47) V. ici la distinction entre les clémences offensives et les clémences défensives, M. Debroux, « Le brouillard de la clémence en droit de la concurrence : quelles décisions stratégiques ? », préc.

(48) C. Marvão et G. Spagnolo, « What do we know about the Effectiveness of Leniency Policies ? A Survey of the Empirical and Experimental Evidence », in C. Beaton-Wells et Ch. Tran, (dir.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age : Leniency Religion*, Hart Publishing, 2015, p. 57, spec. p. 58.

(49) C. Marvão et G. Spagnolo, « What do we know about the Effectiveness of Leniency Policies ? A Survey of the Empirical and Experimental Evidence », *ibid.*

d'une politique de concurrence plus efficace ou s'il s'agit du reflet d'un accroissement du nombre d'ententes formées. Il est ainsi difficile de mesurer l'effet des politiques de clémence sur la dissuasion des ententes car la seule chose directement observable est le nombre d'ententes détectées⁵⁰. La plupart des études économiques disponibles sur le sujet tendent à démontrer que les politiques de clémence ne produisent un effet positif en termes de dissuasion dans la formation des ententes que lorsqu'existent à leurs côtés de sévères sanctions pour ceux ne bénéficiant pas de la clémence. Ces études suggèrent que de sévères sanctions constituent « la précondition cruciale » pour que les politiques de clémence puissent produire des résultats significatifs en termes de dissuasion⁵¹. Or, précisément, les sanctions les plus sévères pour les personnes physiques demeurent les sanctions pénales. Les sanctions pénales peuvent ainsi contribuer à l'efficacité des politiques de clémence et favoriser l'effet dissuasif du droit de la concurrence. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si l'on observe qu'au plan mondial le développement des politiques de clémence s'est accompagné de l'expansion des sanctions pénales. C'est qu'en rendant « le bâton plus menaçant », « la carotte » devient nécessairement plus « attrayante »⁵².

24. L'effet incitatif que les sanctions pénales peuvent avoir sur le recours aux politiques de clémence rend d'autant plus regrettable le fait qu'en droit interne l'absence d'articulation entre la procédure pénale et la procédure administrative devant l'Autorité de la concurrence conduise à circonscrire les hypothèses dans lesquelles des poursuites pénales sont exercées contre les personnes physiques. L'introduction d'une politique

(50) C. Marvão et G. Spagnolo, « What do we know about the Effectiveness of Leniency Policies ? A Survey of the Empirical and Experimental Evidence », préc., p. 62 et s.

(51) C. Marvão et G. Spagnolo, « What do we know about the Effectiveness of Leniency Policies ? A Survey of the Empirical and Experimental Evidence », préc., p. 80 ; V. aussi en ce sens N. H. Miller, « Strategic Leniency and Cartel Enforcement », *The American Economic Review*, vol. 99, n° 3, juin 2009, p. 750.

(52) Ch. Harding, C. Beaton-Wells et J. Edwards, « Leniency and Criminal Sanctions in Anti-Cartel Enforcement : Happily Married or Uneasy Bedfellows », in C. Beaton-Wells et Ch. Tran, (dir.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age : Leniency Religion*, Hart Publishing, 2015, p. 233, spec. p. 238. Sur le mouvement de pénalisation du droit de la concurrence, V. aussi W. P. J. Wils, « Is Criminalization of EU Competition Law the Answer ? », at the Amsterdam Center for Law and Economics (ACLE) Conference Remedies and Sanctions in Competition Policy (Amsterdam, 17-18 February 2005), *World Competition*, Volume 28, n° 2, juin 2005 ; disponible aussi sur https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=684921.

de clémence en faveur des personnes physiques, en permettant l'articulation de la procédure pénale et de la procédure administrative, serait un moyen de favoriser l'application des sanctions pénales. Il résulterait de l'ensemble une politique de clémence plus attractive et une meilleure dissuasion de la formation d'ententes. Cela étant, une telle évolution devrait se traduire par une réécriture de l'article L. 420-6 pour que la répression pénale soit concentrée non pas sur toute pratique anticoncurrentielle, comme c'est le cas aujourd'hui, mais uniquement sur les ententes horizontales les plus graves⁵³. En effet, « le caractère excessivement large de l'article L. 420-6 » est un des freins à son application⁵⁴.

25. Au-delà de la promotion de la politique de clémence, une relance de l'application des sanctions pénales présenterait aussi l'intérêt de diversifier la répression des cartels afin que celle-ci ne repose pas quasi exclusivement sur les seules amendes administratives infligées aux entreprises. Les sanctions pénales ont d'abord l'intérêt de ne pas pouvoir être transférées contrairement aux amendes prononcées contre les entreprises qui peuvent, pour leur part, être répercutées sur les prix⁵⁵. Par ailleurs, les sanctions pénales, comme toute sanction individuelle, ont aussi pour intérêt de ne pas concentrer toute la répression des pratiques anticoncurrentielles sur l'entreprise, au risque de punir à travers elle ses actionnaires, ses clients et ses salariés⁵⁶. Enfin, les sanctions pénales peuvent être plus facilement dissuasives que les amendes infligées aux entreprises. En effet, une dissuasion uniquement fondée sur les amendes prononcées contre les entreprises supposerait que ces dernières s'élèvent à des niveaux impossibles à atteindre⁵⁷. À cet égard, il est intéressant de rappeler que d'après une étude menée aux États-Unis sur 386 grandes entreprises poursuivies

(53) V. en ce sens D. Blanc, « Droit de la concurrence : la dépenalisation n'est pas la solution », préc. ; G. Parléani, « La sanction pénale des pratiques anticoncurrentielles : Essai d'une problématique », préc. ; S. Jacopin, « Le recul de la sanction pénale ou "la dépenalisation du droit pénal des affaires" », in *Le renouveau de la sanction pénale*, Bruylant, 2010, p. 53, spéc. p. 92, pt 56 ; J.-B. Blaise, « La sanction pénale », préc., pt 16.

(54) J.-B. Blaise, « La sanction pénale », préc., pt 11.

(55) J.-M. Folz. Ch. Raysseguier et A. Schaub (membres), E. Chantrel Ch. Navacelle (rapporteurs), *Rapport Sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 36.

(56) J.-M. Folz. Ch. Raysseguier et A. Schaub (membres), E. Chantrel Ch. Navacelle (rapporteurs), *Rapport Sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 36.

(57) OCDE, *Les ententes injustifiables - Progrès récents et défis futurs*, 5 mai 2003, spéc. p. 20, pt 54 ; OCDE, *Cartel Sanctions against individuals*, préc., p. 30.

pour entente entre 1955 et 1993, l'imposition d'une amende optimale, calculée à partir du dommage causé à l'économie, aurait conduit à la défaillance d'au moins 58 % des entreprises sanctionnées⁵⁸. Le recours aux sanctions pénales permet en revanche d'atteindre un haut niveau de dissuasion sans mettre en péril la survie des entreprises. L'ensemble de ces raisons rendent donc plus que jamais nécessaire l'introduction d'une politique de clémence en faveur des personnes physiques afin que la volonté de préserver l'efficacité de la politique de clémence en faveur des entreprises ne constitue plus un frein au développement des sanctions pénales des ententes en droit interne de la concurrence. Reste à déterminer les formes que pourrait prendre cette clémence en faveur des individus.

II. Les formes possibles d'une politique de clémence en faveur des personnes physiques

Il convient d'abord de saisir négativement les formes d'une politique de clémence en faveur des personnes physiques en les distinguant clairement de certaines formes d'indulgence qui existent en droit positif ou qui ont pu être proposées en droit prospectif en faveur des individus ayant pris part à une entente. Ces formes d'indulgence autres que la politique de clémence ne sont pas de nature à permettre une articulation satisfaisante entre la procédure administrative devant l'Autorité de la concurrence et la procédure pénale devant les juridictions répressives (A). Il convient ensuite d'appréhender positivement les formes d'une politique de clémence en faveur des personnes physiques en précisant les traits caractéristiques d'une politique qui serait susceptible de permettre une articulation satisfaisante des procédures administratives et pénales (B).

(58) C. Craycraft, J.-L. Craycraft et J.-C. Gallo, « Antitrust Sanctions and a Firm's Ability to pay », *Review of Industrial Organization*, Vol. 12, 1997, p. 171, spéc. p. 180, « Almost half of the firms in the sample (42 percent) are able to survive the levying of an optimal fine without being technically bankrupt », l'étude est aussi disponible sur <http://www.springerlink.com/content/g847726q20716223/fulltext.pdf> ; sur cette étude V. aussi, B. Cheynel, « *Public enforcement* du droit de la concurrence – Actualité d'un risque concurrentiel grandissant », RLC, n° 22, 2010, p. 134, spéc. p. 145. Adde sur la prise en compte des difficultés des entreprises dans le cadre de la sanction des ententes, V. C. Galokho, *Droit de la concurrence et droit des entreprises en difficulté*, Thèse Perpignan, 2012, pt 185 et s.

A. Les formes d'indulgence insusceptibles de permettre une articulation satisfaisante entre les procédures administratives et pénales

26. Certaines formes d'indulgence, qui se différencient de la politique de clémence, doivent être écartées car insusceptibles de permettre une articulation satisfaisante des procédures administratives et pénales. Il est possible de revenir sur quatre d'entre elles. Les trois premières existent en droit positif, la dernière est restée à l'état de proposition.

27. Une première forme d'indulgence insatisfaisante est celle qui vient de la pratique de l'Autorité de la concurrence consistant à ne pas transférer au parquet les dossiers dans lesquels une entreprise a bénéficié d'une exonération totale ou partielle de sanctions administratives pécuniaires. Cette pratique n'est pas satisfaisante d'abord parce que, comme on l'a étudié précédemment, l'absence de transmission du dossier n'empêche pas l'exercice de poursuites pénales par d'autres voies. Mais cette pratique apparaît aussi comme non satisfaisante car elle présente d'importantes incertitudes juridiques. En premier lieu, il est permis de s'interroger sur sa légalité. En effet, la lettre de l'article L. 462-6 du Code de commerce paraît indiquer que l'Autorité de la concurrence est dans l'obligation de transmettre au parquet les dossiers présentant un caractère pénal. L'emploi de l'indicatif présent dans cet article semble ne pas laisser de doute sur le caractère obligatoire de cette transmission⁵⁹. L'exigence de transmission est posée de manière générale, sans distinction. Aucun traitement de faveur n'est prévu par la loi pour les cas où l'entreprise aurait bénéficié d'une clémence. En conséquence, la pratique de l'Autorité de la concurrence paraît constituer une ligne de conduite *contra legem*⁶⁰. Au-delà de la lettre de l'article

(59) Sur l'emploi de l'indicatif présent comme marque du discours normatif, V. G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2e éd., 2000, spéc. pt 67.

(60) G. Parléani, « La sanction pénale des pratiques anticoncurrentielles : Essai d'une problématique », préc., pt 22 ; V. aussi en ce sens G. Decocq, « Le rôle du ministère public au regard du pouvoir de sanction des autorités indépendantes. – En droit de la concurrence », préc., 1. V. encore, sur l'application possible à l'autorité de concurrence de l'article 40 du Code de procédure pénale obligeant notamment les autorités administratives à dénoncer au parquet les faits délictueux dont elles auraient acquis la connaissance dans l'exercice de leurs fonctions, B. Bouloc, « Les abus dans le recours à la voie pénale et leurs sanctions », Colloque Paris, 13 nov. 2007, *Concurrences*, n° 1-2008, pt 26 et s.

L. 462-6 du Code de commerce, le mécanisme même sur lequel repose la clémence plaide en faveur du caractère obligatoire de la transmission du dossier au parquet. Alors que les décisions acceptant et rendant obligatoires des engagements ne se prononcent pas sur la culpabilité des entreprises, la clémence suppose nécessairement une reconnaissance préalable de culpabilité. En effet, la clémence est une simple exonération totale ou partielle de sanctions pécuniaires pour une entreprise à l'égard de laquelle la réalité de la pratique anticoncurrentielle a été établie⁶¹. Il n'appartient pas à l'Autorité de la concurrence d'apprécier l'opportunité de l'ouverture d'une procédure pénale, ce pouvoir appartient au seul parquet, qui dispose de l'opportunité des poursuites⁶². Dans ces conditions, l'engagement général de non-transmission du dossier au parquet apparaît contestable et vulnérable au plan juridique.

28. La question se pose donc de savoir si l'Autorité de la concurrence est elle-même liée par son propre engagement. Il est vrai que l'engagement de non-transmission du dossier étant pris dans une communication, en l'occurrence celle relative à la politique de clémence, la règle est qu'en principe l'Autorité de la concurrence se lie par la ligne de conduite qu'elle se fixe et ne peut s'en écarter dans une affaire donnée qu'en se fondant sur des circonstances spécifiques ou des raisons d'intérêt général permettant de justifier un tel écart⁶³. Mais dans la mesure où l'engagement de ne pas transmettre au parquet les dossiers dans lesquels la procédure de clémence a été mise en œuvre semble elle-même en contradiction avec les termes de la loi, il est permis de penser que cet engagement, étant vicié à la source, ne devrait pas s'imposer à

(61) Art. L. 464-2, IV, C. com. ; Cons. conc., Étude thématique, préc. p. 153 ; G. Decocq, « Le rôle du ministère public au regard du pouvoir de sanction des autorités indépendantes. - En droit de la concurrence », préc., 1.

(62) V. Rapport du groupe de travail présidé par J.-M. Coulon, *La dépenalisation de la vie des affaires*, janv. 2008, p. 65 et 76, qui avait suggéré de prévoir expressément que la dénonciation de faits délictueux au parquet constitue une obligation pour l'autorité interne de concurrence et non une simple faculté ; le rapport préconisait ainsi que l'autorité administrative ne puisse, « seul[e], s'engager à ne pas transmettre des éléments au parquet en contrepartie d'une dénonciation dans le cadre d'une procédure de clémence ou d'une transaction ». Sur la question, V.H. Matsopoulou, « Un premier regard sur la "dépenalisation de la vie des affaires" », D. 2008, p. 864.

(63) V., par analogie, Aut. conc., Communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, préc., pt 7. Les communiqués de l'Autorité de la concurrence sont des directives au sens de la jurisprudence administrative, V., en ce sens, L. Vogel, *Traité de droit économique, Tome 1, Droit de la concurrence, Droit européen et français*, Lawlex, Bruylant, 2015, pt 936.

l’Autorité de la concurrence. On comprend donc que l’engagement de non-transmission du dossier au procureur de la République ne soit pas de nature à dissiper toutes les craintes de sanctions pénales parmi les personnes physiques intervenant dans des entreprises ayant bénéficié de la politique de clémence.

29. Une deuxième forme d’indulgence qui n’est pas susceptible de permettre une articulation appropriée entre la procédure de clémence et la procédure pénale résulte de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Cette procédure, dite de « plaider-coupable », permet d’éviter un procès à une personne qui reconnaît les faits qui lui sont reprochés⁶⁴. Elle est applicable uniquement aux délits, avec certaines exclusions toutefois, mais qui ne concernent pas les pratiques anticoncurrentielles réprimées à l’article L. 420-6 du Code de commerce⁶⁵. Cependant, la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité n’est pas de nature à lever toutes les craintes que les dirigeants, salariés et collaborateurs d’une entreprise ayant participé à une entente peuvent avoir à prendre part et à coopérer à la politique de clémence de cette dernière. En effet, le plaider-coupable ne permet pas d’échapper totalement aux peines encourues, seule une réduction de celles-ci est possible. Précisément, l’objet même de la procédure consiste, pour le procureur de la République, à proposer une ou plusieurs peines au suspect ayant reconnu les faits⁶⁶. L’absence de possibilité d’une exonération totale de sanctions pénales fait du plaider coupable un moyen insuffisant pour assurer une articulation satisfaisante entre la procédure devant de clémence devant l’Autorité de la concurrence et la procédure pénale devant les juridictions répressives⁶⁷.

(64) V. les articles 495-7 à 495-16 du Code procédure pénale.

(65) Selon l’article 495-7 du Code de procédure pénale, les délits exclus sont ceux visés à l’article 495-16 du même code ainsi que les délits d’atteintes volontaires et involontaires à l’intégrité des personnes et d’agressions sexuelles prévus aux articles 222-9 à 222-31-2 du Code pénal lorsqu’ils sont punis d’une peine d’emprisonnement d’une durée supérieure à cinq ans

(66) Art. 495-8 du Code de procédure pénale.

(67) V. aussi en ce sens Observations de Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP sur le Projet de Révision du Programme de Clémence Français du 29 janvier 2007, pt 3.1, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/obsclémence_cgshl.pdf.

30. Une troisième forme d'indulgence qui n'est pas susceptible de permettre une articulation satisfaisante des procédures administratives et pénales vient des dispositifs mis en place pour mettre à l'abri les déclarations faites dans le cadre de la clémence. La directive 2014/104/UE relative aux actions en dommages et intérêts pour pratiques anticoncurrentielles prévoit que les déclarations faites en vue d'obtenir la clémence doivent être exemptées de la production de preuve⁶⁸. Autrement dit, les juridictions nationales ne peuvent ordonner la production de preuves relevant de déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence. Mais, il est permis de remarquer qu'au regard du texte de la directive cette impossibilité d'injonction ne vaut que « pour les besoins d'une action en dommages et intérêts »⁶⁹. En revanche, la directive n'exclut nullement la possibilité pour le juge national statuant sur une action pénale, et non sur une action en dommages et intérêts, d'enjoindre la production de preuves relevant de déclarations effectuées dans le cadre d'une procédure de clémence. Au regard de la directive, un dirigeant, un salarié ou un collaborateur qui fait des déclarations écrites ou orales pour permettre à son entreprise d'obtenir la clémence prend donc le risque que ses déclarations soient ultérieurement reprises contre lui dans le cadre d'une procédure pénale ouverte à son encontre.

31. Cela étant, un tel risque paraît écarté en droit interne. En effet, allant plus loin que le droit de l'Union européenne, le droit interne a prévu un dispositif qui « sanctuarise » les déclarations effectuées dans le cadre de la procédure de clémence en empêchant leur production aussi bien pour les besoins d'une action en dommages et intérêts que pour ceux d'une action publique⁷⁰. Précisément, le second alinéa de l'article L.462-3 du Code de commerce dispose que « L'Autorité de la concurrence peut transmettre tout élément qu'elle détient concernant les pratiques

(68) Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, JOUE n° L 349 du 5 déc. 2014, p. 1, spéc. consid. 26.

(69) Directive 2014/104/UE, préc., art. 6, §6.

(70) J. Philippe, M. Trabucchi et F. Gordon, « La réforme du programme modèle européen de clémence. Avancées et prochains défis des programmes de clémence au sein du Réseau européen de la concurrence », *RLC*, 2013/35, p. 120, spéc. p. 123, qui observent que les pièces obtenues dans le cadre de la procédure de clémence font l'objet d'une sorte de « sanctuarisation ».

anticoncurrentielles concernées, à l'exclusion des pièces élaborées ou recueillies au titre du IV de l'article L. 464-2, à toute juridiction qui la consulte ou lui demande de produire des pièces qui ne sont pas déjà à la disposition d'une partie à l'instance. » Le titre IV de l'article L. 464-2 étant le réceptacle des dispositions relatives aux programmes de clémence, il faut donc comprendre que la possibilité pour l'Autorité de la concurrence de communiquer les éléments qu'elle détient concernant les pratiques anticoncurrentielles est clairement exclue pour ce qui concerne les pièces obtenues dans le cadre de la politique de clémence⁷¹. Cette interdiction de communication est posée de manière générale et sans distinction selon la nature juridiction qui la solliciterait. Il s'agit de protéger « la confidentialité des documents relevant de la procédure de clémence, dispositif nécessaire pour protéger les personnes contribuant à la détection des ententes secrètes »⁷².

32. Il est ainsi permis de penser que l'impossibilité de communication des déclarations obtenues dans le cadre de la clémence vaut aussi bien à l'égard des juridictions civiles statuant sur les actions en réparation qu'à l'égard des juridictions pénales, que ces dernières se prononcent sur l'action en réparation, accessoirement à l'action publique, ou sur l'action publique elle-même. Certes, en droit pénal, le principe est celui de la liberté des preuves. « Il est donc [normalement] possible de recourir à tout ce qui peut établir la vérité. »⁷³ Mais cette liberté n'est pas sans limites. « Il en est ainsi, en particulier, quand, dans le procès pénal, se présente une question de droit civil ou de droit commercial, soumise à une disposition particulière. »⁷⁴ Tel est précisément le cas s'agissant de la règle,

(71) Sur la question V. J. Philippe, M. Trabucchi et F. Gordon, « La réforme du programme modèle européen de clémence. Avancées et prochains défis des programmes de clémence au sein du Réseau européen de la concurrence », préc. ; M. Comert et S. Nasser El Dine-Pomar, « De nouvelles dispositions procédurales en matière de concurrence », *Contrats, conc., consom.* 2013, étude 4, pts 22 à 25 ; M. Chagny, « L'accès judiciaire des victimes de pratiques anticoncurrentielles au dossier de l'Autorité de la concurrence après la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer », *D.* 2013, p. 851 ; E. Claudel, « Les implications procédurales de loi du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer - 2e volet. L'accès au dossier des autorités de concurrence : un cavalier législatif au secours (provisoire ?) de la clémence », *RTD com.* 2013, p. 512.

(72) Rapport AN n° 245 relatif à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives à l'outre-mer (n° 233) par E. Bareigts, p. 68, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rapports/r0245.pdf>.

(73) B. Bouloc, *Procédure pénale*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 25^e éd., 2015, pt 144.

(74) B. Bouloc, *Procédure pénale*, préc., pt 159.

posée l'article L. 462-3 du Code de commerce, de la confidentialité des déclarations obtenues dans le cadre des programmes de clémence. Les personnes physiques intervenant dans une entreprise ayant bénéficié de la clémence jouissent ainsi d'une protection dans le cadre de la procédure pénale puisque la juridiction répressive statuant sur leur éventuelle responsabilité pénale au titre de leur participation à l'entente ne pourra pas recevoir communication des déclarations qu'elles ont pu faire dans le cadre de la procédure de clémence de leur entreprise. Cependant, cette protection se limite à faire obstacle à la communication des déclarations obtenues dans le cadre de la procédure de clémence de l'entreprise, elle ne s'oppose pas à l'exercice de poursuites pénales contre les personnes physiques ayant coopéré dans le cadre la procédure de clémence en question. À ce titre, l'impossibilité de communication des déclarations faites dans le cadre de la politique de clémence de l'entreprise ne saurait être assimilée à une politique de clémence en faveur des personnes physiques.

33. Une quatrième et dernière forme d'indulgence qui n'apparaît pas de nature à offrir une articulation cohérente entre la procédure de clémence et la procédure pénale vient d'un dispositif qui avait été proposé par le rapport Coulon sur la dépénalisation du droit des affaires. Ce rapport avait en effet suggéré de prévoir « une homologation » par le parquet de la clémence accordée par l'autorité interne de concurrence. L'idée était que cette homologation aurait ensuite fait obstacle à l'exercice ultérieur de poursuites pénales pour les mêmes faits⁷⁵. Mais cette mesure aurait en réalité constitué une protection bien fragile pour les personnes physiques intervenant dans des entreprises ayant bénéficié de la procédure de clémence. D'abord, parce que rien n'aurait empêché le parquet de refuser d'homologuer une clémence dont il n'a par définition pas la maîtrise, celle-ci revenant à l'autorité de concurrence. Ensuite, parce que, même dans le cas hypothétique où le parquet aurait donné son onction à la clémence de l'autorité de concurrence, cela n'aurait pas fait obstacle à

(75) Rapport du groupe de travail présidé par J.-M. Coulon, *La dépénalisation de la vie des affaires*, préc., p. 65 et 76 ; H. Matsopoulou, « Un premier regard sur la "dépénalisation de la vie des affaires" », préc. ; D. Blanc, « Droit de la concurrence : la dépénalisation n'est pas la solution », préc.

l'exercice de poursuites pénales par d'autres voies. De fait, l'homologation éventuelle du parquet n'aurait nullement empêché les victimes des ententes en cause de mettre en mouvement l'action publique en portant leur action civile devant le juge pénal.

B. La politique de clémence en faveur des personnes physiques comme moyen de permettre une articulation satisfaisante entre les procédures administratives et pénales

34. L'introduction d'une véritable politique de clémence en faveur des personnes physiques apparaît comme le moyen le plus satisfaisant pour permettre que les sanctions pénales des pratiques anticoncurrentielles puissent intervenir sans que cela ne menace l'efficacité des politiques de clémence en faveur des entreprises. Autrement dit, à l'instar de ce qui existe aux États-Unis ou encore au Royaume-Uni, une politique de clémence en faveur des individus est le gage d'une articulation efficace entre les procédures administratives et les procédures pénales. L'expression politique de clémence en faveur des personnes physiques recèle en réalité deux formes de clémence pouvant bénéficier aux individus. La politique de clémence en faveur des personnes physiques peut d'abord bénéficier aux dirigeants, salariés et collaborateurs de l'entreprise qui est la première à présenter une demande de clémence. L'immunité bénéficie alors à l'entreprise elle-même mais aussi à ses dirigeants, salariés et collaborateurs qui coopèrent dans le cadre de la procédure de clémence de l'entreprise en question. C'est alors la procédure de clémence en faveur de l'entreprise qui déborde au profit de ses collaborateurs ayant directement pris part à la pratique anticoncurrentielle et qui apportent leur concours à cette procédure. Les individus ne sont en l'occurrence protégés contre les poursuites pénales que parce que l'entreprise à laquelle ils appartiennent a elle-même bénéficié d'une exonération totale d'amende et qu'ils se sont associés à sa procédure de clémence. Il est alors possible d'évoquer *une clémence individuelle incidente et à titre accessoire*. La politique de clémence en faveur des personnes physiques peut aussi bénéficier aux dirigeants, salariés et collaborateurs qui, indépendamment de toute action de leur entreprise,

rèvent eux-mêmes, en leur nom personnel, des faits permettant de caractériser une pratique anticoncurrentielle et d'identifier ses auteurs. Il est alors possible d'évoquer *une clémence individuelle directe et à titre principal*. Les expériences américaines et britanniques montrent que le plus opportun est de faire coexister ces deux formes de clémence individuelle de manière à favoriser la détection et la sanction des ententes. Dans ces deux pays, la clémence individuelle est organisée de manière à favoriser une course à la clémence à la fois entre les membres de l'entente mais aussi entre chaque entreprise et ses propres collaborateurs ayant pris part à l'entente.

35. Au Royaume-Uni, les personnes physiques ayant pris part à un cartel commettent une infraction pénale et encourent une peine d'emprisonnement de 5 ans ainsi qu'une amende dont le montant n'est pas plafonné⁷⁶. Seule la participation à une entente horizontale expose les personnes physiques aux sanctions pénales. Cependant, une personne physique peut bénéficier de la clémence dans deux situations⁷⁷. D'abord, lorsque l'entreprise pour laquelle elle travaille a bénéficié d'un programme de clémence. Ensuite, lorsque la personne physique a elle-même directement approché l'autorité de concurrence pour bénéficier de la clémence.

36. Si l'entreprise est le premier membre de l'entente à fournir des informations à l'autorité de concurrence et qu'elle bénéficie d'une exonération d'amende, cette protection s'étendra automatiquement à l'ensemble de ses dirigeants, salariés et collaborateurs ayant participé à l'entente, que ces personnes physiques soient encore au service de ladite entreprise ou pas. L'entreprise qui est la première à dénoncer une entente peut ainsi non seulement assurer directement la sauvegarde de ses propres intérêts, en bénéficiant d'une exonération totale d'amende, mais elle procurera dans le même temps une protection à ses collaborateurs ayant joué un rôle direct dans la pratique anticoncurrentielle. Ce faisant, la clémence

(76) Enterprise Act 2002 (EA02), spec. section 190 (1).

(77) Office of Fair Trading, Quick Guide to Cartels and Leniency for Individuals, juill. 2013, OFT1495i. Adde V. Office of Fair Trading, Applications for leniency and no-action in cartel cases OFT's detailed guidance on the principles and process, juill. 2013, OFT1495.

individuelle incidente et accessoire à la clémence de la seule entreprise qui est la première à dénoncer l'entente constitue un moyen de stimuler la course à la clémence entre les entreprises participant à l'infraction. Chaque entreprise sera d'autant plus incitée à franchir la ligne d'arriver en premier qu'elle sait qu'une telle place garantira non seulement une protection totale contre les sanctions pécuniaires qu'elle encourt mais aussi une protection contre les sanctions pénales susceptibles d'être infligées à ses collaborateurs.

37. En revanche, lorsque l'entreprise n'est pas la première à s'adresser à l'autorité de concurrence et à lui fournir des informations pertinentes, une telle situation sera préjudiciable non seulement à l'entreprise elle-même, mais encore, et dans une mesure plus grande, à ses collaborateurs ayant participé à l'entente⁷⁸. S'agissant de l'entreprise, elle ne pourra alors prétendre à une immunité, seule une réduction d'amende sera possible, celle-ci ne pouvant excéder 50 %. S'agissant des personnes physiques, elles ne pourront, pour leur part, compter sur un quelconque allègement automatique et collectif des sanctions pénales encourues⁷⁹. L'opportunité d'une clémence individuelle sera alors étudiée au cas par cas. En conséquence, les personnes physiques qui attendent la coopération éventuelle de leur entreprise avant de s'adresser à l'autorité de concurrence prennent le risque que celle-ci ne soit devancée par un autre membre de l'entente, ce qui fermera à ces personnes physiques la voie d'une clémence individuelle automatique. C'est ainsi que le dispositif favorise aussi une seconde course à la clémence, celle intervenant cette fois-ci entre l'entreprise et ses propres dirigeants, salariés et autres collaborateurs ayant pris part à l'entente. De fait, les personnes physiques qui ont été impliquées dans un cartel n'ont pas besoin d'attendre que leur entreprise présente une éventuelle demande de clémence. Une clémence individuelle, sous la forme d'une « *no-action letter* », peut être accordée à une personne physique qui présente une demande de clémence en son nom personnel et pour son propre compte⁸⁰. La personne physique en cause échappera alors aux sanctions pénales à condition, en particulier, d'être le premier participant de l'entente à prendre contact avec

(78) Office of Fair Trading, Quick Guide to Cartels and Leniency for Individuals, préc., pt 4.8.

(79) Office of Fair Trading, Quick Guide to Cartels and Leniency for Individuals, préc., pt 4.9.

(80) Office of Fair Trading, Quick Guide to Cartels and Leniency for Individuals, préc., pt 5.1.

l'autorité de concurrence pour la dénoncer. Il faut bien comprendre que pour échapper aux poursuites pénales, la personne physique doit être la première à s'adresser à l'autorité de concurrence avant tout autre individu ou toute autre entreprise⁸¹. Contrairement à leur entreprise qui pourra toujours espérer une réduction d'amende même si elle n'est pas la première à s'adresser à l'autorité de concurrence, les individus qui perdent la course à la clémence prennent pour leur part le risque de subir des sanctions pénales sans aucun allègement. Ainsi agencée, la clémence individuelle est un puissant stimulant pour inciter les personnes physiques à dénoncer les ententes le plus rapidement possible. La course à la clémence entre l'entreprise et ses propres dirigeants, salariés et collaborateurs est ainsi puissamment alimentée.

38. Aux États-Unis également la clémence individuelle peut prendre deux formes. Les personnes physiques peuvent d'abord échapper aux poursuites pénales lorsque leur entreprise a bénéficié de la politique de clémence en tant que premier membre de l'entente à la dénoncer et qu'ils ont coopéré à la procédure de clémence de l'entreprise en question. À cet égard, il faut rappeler qu'en droit antitrust l'immunité totale contre les poursuites ne peut bénéficier qu'à l'entreprise qui est la première à présenter une demande de clémence. La règle est que le premier « raffle toute la mise » (*winner-take-all approach*)⁸². Les autres entreprises ayant participé à l'entente seront purement et simplement exclues de la politique de clémence. Elles ne pourront bénéficier d'aucune réduction d'amende au titre de cette politique. Les demandeurs subséquents à la clémence, autrement dit ceux qui viennent après l'entreprise qui est la première à avoir pris contact avec l'autorité de concurrence pourront seulement conclure un accord de plaider-coupable (*plea agreement*) avec l'autorité de concurrence, à savoir la Division antitrust du DOJ⁸³. Cet accord pourra éventuellement se traduire par une réduction des sanctions pécuniaires encourues en faveur de

(81) Office of Fair Trading, *Quick Guide to Cartels and Leniency for Individuals*, préc., pt 5.3.

(82) OCDE, *Leniency for Subsequent Applicants*, Policy roundtables, 2012, p. 153.

(83) OCDE, *Leniency for Subsequent Applicants*, préc., p. 151 et s. ; J. Ch. Roda, *La clémence en droit de la concurrence, étude comparative des droits américain et européens*, préc., pt 226.

l'entreprise qui reconnaît sa culpabilité et coopère⁸⁴. Cependant, l'accord de plaider-coupable conclu entre l'entreprise, demandeur subséquent à la clémence, et la Division antitrust ne pourra en aucun cas bénéficier à ses dirigeants, salariés et collaborateurs directement impliqués dans l'entente. Ces personnes sont exclues de l'accord (elles sont dites *carved out*), là où elles auraient bénéficié d'une protection automatique et collective contre les poursuites pénales si leur entreprise avait été la première à approcher l'autorité de concurrence⁸⁵. Pour espérer la moindre indulgence, les personnes physiques en cause devront alors négocier individuellement de leur côté dans le cadre d'une procédure de plaider-coupable séparée de celle de leur entreprise. Dans le cas contraire, elles feront face à un procès pénal. La volonté de protéger leurs collaborateurs peut ainsi inciter les entreprises membres de l'entente à accélérer dans leur course à la clémence.

39. Mais les personnes physiques peuvent aussi obtenir une clémence individuelle en agissant elles-mêmes directement sans attendre que leur entreprise n'approche l'autorité de concurrence. Il existe en effet en droit antitrust, depuis 1994, une politique de clémence individuelle directe et à titre principal bénéficiant à toutes les personnes physiques qui approchent l'autorité de concurrence en leur nom personnel. La clémence individuelle consistera alors à protéger la personne physique qui en bénéficie contre les poursuites pénales. Cette clémence individuelle directe n'est possible que si, au moment où la personne physique s'adresse à elle, l'autorité de concurrence n'avait reçu aucune information concernant l'activité illégale de toute autre source. L'individu en

(84) En moyenne, le demandeur de second rang bénéficie d'une réduction variant entre 30 à 35 % du montant de l'amende encourue, S. D. Hammond, « Measuring the Value of Second-In Cooperation in Corporate Plea Negotiations », speech before the American Bar Association Section of Antitrust Law 54th Annual, Spring Meeting, II, B, <https://www.justice.gov/atr/speech/measuring-value-second-cooperation-corporate-plea-negotiations>.

(85) Sur les évolutions intervenues dans cette politique d'exclusion des personnes physiques des accords de plaider-coupable de leur entreprise demandeur subséquent à la clémence, V. DOJ, « Statement of Assistant Attorney General Bill Baer on Changes to Antitrust Division's Carve-Out Practice Regarding Corporate Plea Agreements », 12 avr. 2013, <https://www.justice.gov/opa/pr/statement-assistant-attorney-general-bill-baer-changes-antitrust-division-s-carve-out>. Pour des illustrations d'affaires dans lesquelles la politique de *carved out* a été mise en œuvre V. S. D. Hammond, « Measuring the Value of Second-In Cooperation in Corporate Plea Negotiations », préc., II, D ; A. Tercinet, « Le programme de clémence américain : un modèle placé sous le sceau du pragmatisme », *RDAI/IBLJ*, n° 6, 2007, 767, spéc. p. 778 et s.

question doit donc être le premier à révéler l'entente, à l'exclusion de toute autre personne, physique comme morale. Comme en droit britannique, s'instaure ainsi une course à la clémence entre l'entreprise et ses propres collaborateurs ayant directement pris part à l'entente⁸⁶. Les autorités américaines tirent un bilan positif de cette politique de clémence individuelle. En effet, même si les demandes de clémence individuelles sont bien moindres que celles émanant des entreprises, on estime que la simple existence de la possibilité pour les personnes physiques de présenter une demande de clémence individuelle exerce une pression sur les entreprises les incitant ainsi à prendre contact avec l'autorité de concurrence, avant que leurs propres collaborateurs ne prennent l'initiative et ne les privent de la possibilité de bénéficier de toute clémence⁸⁷.

40. En guise de conclusion, il est permis de penser que le meilleur moyen de favoriser une articulation efficace et cohérente entre la procédure de clémence en faveur des entreprises devant l'Autorité de la concurrence et la procédure pénale devant les juridictions répressives serait d'introduire une véritable politique de clémence en faveur des personnes physiques. En s'inspirant des dispositifs qui existent au Royaume-Uni et aux États-Unis, cette clémence individuelle devrait automatiquement bénéficier à tous les collaborateurs actuels et anciens d'une entreprise qui, ayant été la première à approcher l'Autorité de la concurrence, a bénéficié d'une exonération totale de sanctions administratives pécuniaires. En revanche, en l'absence d'immunité totale accordée à son entreprise, la clémence

(86) Sur cette course, V. J. Ch. Roda, *La clémence en droit de la concurrence, étude comparative des droits américain et européens*, préc., pt 228 à 230, l'auteur évoque notamment une « exacerbation de la divergence des intérêts au sein de l'entreprise ».

(87) S. D. Hammond, « Cornerstones of an Effective Leniency Program », préc. ; V. aussi United States Government Accountability Office, « Criminal Cartel Enforcement : Stakeholder Views on Impact of 2004 Antitrust Reform Are Mixed, But Support Whistleblower Protection », Report to Congressional Committees, GAO-11-619, juill. 2011, spec. p. 18-19, www.gao.gov/assets/330/321794.pdf, indiquant notamment que le nombre de demande de clémence émanant des entreprises a été multiplié par deux en six ans après l'augmentation des sanctions pénales encourues par les personnes physiques. L'enthousiasme des autorités américaines en faveur de la clémence individuelle n'est cependant pas partagé par certains auteurs, qui, sans contester son rôle dans la détection des ententes, mettent en doute l'efficacité de cette technique en termes de dissuasion, V. M. E. Stucke, « Leniency, Whistle-Blowing and the Individual: Should We Create Another Race to the Competition Agency », C. Beaton-Wells et Ch. Tran, (dir.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age : Leniency Religion*, Hart Publishing, 2015, p. 209.

individuelle ne devrait bénéficier à une personne physique que si elle est la première à prendre contact avec l'Autorité de la concurrence et à lui fournir des informations pertinentes permettant de détecter l'entente ainsi que d'identifier ces participants. Un tel dispositif permettrait non seulement d'accroître l'efficacité des politiques de clémence mais aussi de relancer l'application de sanctions pénales dont l'effet dissuasif n'est plus à démontrer. L'ensemble rendrait certes la politique de clémence plus complexe, celle-ci devenant bicéphale. Mais, existant en droit interne depuis maintenant près de seize ans, le temps est sans doute venu pour la politique de clémence de quitter le monde onirique et insouciant de l'enfance pour entrer dans celui plus tumultueux de l'adolescence.

3.4 Maurice Nussenbaum⁸⁸ – Quelques difficultés dans la détermination des sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles

Les sanctions mises en œuvre par l'ADLC (ci-après l'Autorité) ont un double objet à la fois répressif et dissuasif et n'ont pas pour objet de réparer les dommages subis par les consommateurs qui relèvent d'actions spécifiques notamment de *follow-on*.

L'Autorité a toujours voulu écarter la prévisibilité absolue des sanctions afin de renforcer leur efficacité.

Celle-ci est obtenue d'après la théorie économique lorsque la sanction pondérée par sa probabilité d'occurrence est au moins égale aux avantages que peut tirer l'entreprise des pratiques mises en œuvre. De ce fait, plus cette probabilité est élevée, moins la sanction doit être élevée.

Cependant, les principes d'individualisation et de proportionnalité des peines entraînent qu'il est difficile de se référer à cette seule logique économique tout en admettant la nécessité d'une certaine prévisibilité des sanctions permettant d'en prévoir l'ordre de grandeur.

L'affaire du négoce de l'acier (décision 08-D-32 du Conseil de la concurrence) avait déjà conduit la commission FOLZ à souligner un « manque de cohérence » plaçant les entreprises dans « une insécurité juridique certaine » et ce rapport avait souligné la nécessité d'une « méthode plus précise d'appréciation des sanctions »⁸⁹.

En effet, « si la prévisibilité ne doit pas être totale, elle doit cependant exister à un certain degré afin d'éviter des incohérences dans l'attribution des sanctions et de permettre une sécurité juridique ».

La nécessité de respecter le principe de « confiance légitime » qui relève des lignes directrices de la Commission pour le calcul des amendes impose également cette prévisibilité.

(88) Professeur des universités, université Paris-Dauphine.

(89) Rapport sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles – 2011.

L'Autorité s'est cependant opposée à l'instauration d'un barème mécanique permettant la prévisibilité parfaite car cela réduirait l'efficacité des sanctions.

Cette opposition est en accord avec la doctrine ne serait-ce que pour maintenir suffisamment de souplesse pour l'individualisation des sanctions.

Mais elle a défini à travers son communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires des lignes directrices qui s'appuient sur les dispositions de l'article L. 464-2 du Code de commerce qui définit les critères à prendre en compte : gravité de la pratique, importance du dommage causé à l'économie, réitération des pratiques et individualisation de la sanction.

La question est donc posée de savoir si ces lignes directrices s'avèrent, dans la pratique, suffisamment précises pour répondre aux objectifs de sécurité juridique.

On va montrer ci-dessous à travers des exemples tirés de la pratique de l'Autorité que les lignes directives demeurent insuffisamment précises pour réduire suffisamment le caractère qui peut paraître arbitraire de la détermination des sanctions.

Trois exemples sont développés pour illustrer les difficultés rencontrées dans la mise en œuvre des lignes directives qui demeurent insuffisamment précises.

Ils concernent :

- la cohérence dans la détermination des sanctions ;
- l'appréciation du dommage à l'économie ;
- le lien entre gravité des faits et pourcentage de la valeur des ventes.

1. / La question de la cohérence dans la détermination des sanctions

§7 du communiqué sanction : l’Autorité doit déterminer les sanctions pécuniaires qu’elle impose de façon cohérente

Cette définition de la cohérence demeure assez vague et laisse une forte place à l’arbitraire. Il faudrait tout d’abord mieux définir ce qu’est la cohérence en matière de sanctions. Celle-ci devrait correspondre non seulement à la cohérence individuelle pour chacun des mis en cause mais également à la cohérence du montant de base (avant prise en compte des éléments d’individualisation et ajustements finaux) des sanctions entre elles (en particulier lorsque ce montant est fixé de manière forfaitaire par l’Autorité).

De ce fait, il ne devrait y avoir d’incompatibilité entre le principe d’individualisation prévu par la loi et l’exigence de cohérence introduite par le communiqué, interprété au sens large où nous l’entendons.

Ainsi les entreprises doivent pouvoir comprendre pourquoi le montant de base de la sanction qui leur est appliquée est supérieur ou inférieur à celle appliquée aux autres entreprises.

Ainsi, dans le cas de la Messagerie⁹⁰, le ministre de l’Économie et des Finances avait soulevé, dans ses Observations sur la Décision de l’Autorité, que « l’analyse de l’Autorité de la concurrence relative à ces montants forfaitaires ne permet pas, en ce qui concerne Gefco/Peugeot et Alloin, de comprendre les raisons pour lesquelles leurs sanctions sont plus élevées que celle de la société Ziegler ». Le ministre ajoute qu’il « s’en remet à la sagesse de la Cour » (Observations du ministre du 28 octobre 2016 sur la décision 15-D-19, §66-67), sans autre précision. Cela montre bien que le ministre ne sait pas, alors qu’il constate une incohérence, quelle conclusion en tirer.

Cependant, en l’absence de définition plus précise de la portée de l’exigence de cohérence, il n’est pas possible pour les sociétés mises en cause et pour la Cour d’appel, de s’assurer qu’elle a été respectée.

(90) Décision n° 15-D-19.

De plus, même si une incohérence manifeste est soulevée, il est impossible d'en déduire quelles conséquences en tirer en matière de sanction.

De plus, on peut souligner que la Cour de cassation n'a pas écarté le principe de cohérence (qui par ailleurs n'est pas inscrit dans la loi) au niveau du montant de base, comme l'a montré l'arrêt Nocibe (CASS COM N° 14-17025 du 9 juin 2015) « la Cour d'appel a écarté à bon droit le grief tiré de la comparaison avec les autres sanctions prononcées et qui a déterminé de manière individuelle, le montant de la sanction infligée à la société Nocibe dont elle a souverainement apprécié la proportionnalité au regard des critères définis à l'article L. 464-2 du Code de commerce, a légalement justifié sa décision ».

Elle souligne ainsi que l'individualisation des sanctions ne permet pas la comparaison, mais cela ne signifie pas pour autant qu'elle ne soit pas possible au niveau des montants de base.

2/ La question du dommage à l'économie

§28 et 30 du communiqué sanction : l'Autorité ne doit pas présumer le dommage à l'économie mais elle ne doit pas pour autant le chiffrer. Notamment, « l'Autorité ne procède pas [...] à une reconstitution chiffrée, nécessairement hypothétique, de la situation qui aurait pu exister en l'absence d'infraction ». La question est donc posée de l'analyse de la situation contrefactuelle à laquelle doit se livrer l'Autorité.

Cette affirmation, encore une fois peu précise, indique que l'Autorité ne doit pas chiffrer le dommage mais est très floue sur ce que l'Autorité doit faire. Ainsi, si quantifier le dommage n'est pas obligatoire, il paraît en revanche indispensable de le qualifier. Pour cela, il est nécessaire de mieux normer l'analyse qualitative du dommage que doit faire l'Autorité pour démontrer l'existence du dommage, même sans le chiffrer. Par exemple, l'Autorité doit faire le lien entre son analyse du marché, la description des pratiques reprochées et les conséquences des pratiques sur ce marché en situation réelle par rapport à l'évolution normale du marché en situation contrefactuelle pour pouvoir démontrer l'existence d'un dommage potentiel.

Lorsque l'Autorité ne s'oblige pas à définir le scénario contrefactuel, nous constatons alors que cela conduit à affirmer sans réelle démonstration, l'existence d'un dommage à l'économie. En effet, à titre d'exemple, dans le dossier Messagerie⁹¹, l'Autorité n'a présenté qu'une analyse qualitative du marché en situation réelle. À aucun moment l'analyse qualitative du marché en situation contrefactuelle n'a été réalisée. Or, il est impossible de démontrer l'existence d'un dommage sans définir au moins qualitativement le contrefactuel puisque le dommage résulte de l'écart entre la situation réelle et la situation contrefactuelle⁹².

Les obligations de l'Autorité sur ce point devraient donc être renforcées.

3/ le lien entre la gravité des faits et pourcentage de la valeur des ventes

§26 et §40 du communiqué sanction : selon son appréciation de la gravité des faits et du dommage à l'économie, l'Autorité peut considérer un pourcentage de la valeur des ventes entre 0 et 30 % pour le calcul de la sanction

Le communiqué sanction n'est pas suffisamment précis pour pouvoir faire le lien entre la gravité des faits et le pourcentage de la valeur des ventes.

Au §32 du communiqué, un certain nombre de dimensions sont listées, qui doivent être analysées par l'Autorité pour affiner son analyse du pourcentage à appliquer. Le problème de cette méthode est que ces dimensions s'imbriquent entre elles et que cette analyse doit permettre à l'Autorité d'estimer la sanction applicable alors que ni les mises en cause, ni la Cour d'appel en cas de contestation, sont en mesure de contrôler le poids de chacune d'elles.

(91) *Op Cit.*

(92) Maurice Nussenbaum - « L'évaluation des préjudices économiques » - Revue de Droit Bancaire et Financier - Revue bimestrielle LexisNexis Jurisclasseur - mai / juin 2013 n° 3 et « L'évaluation des dommages concurrentiels » - Actualité juridique Contrats d'affaires (AJCA) - octobre 2014 - p. 261 à 265

En effet, chaque dimension définit une relation d'ordre qualitative, entre les différents paliers ou niveaux de faute qui permet de positionner les différents paliers entre eux de manière cohérente en allant du moins grave au plus grave.

En effet, une relation d'ordre permet de construire une échelle de gravité, c'est-à-dire de faire correspondre la gravité des fautes avec le niveau des sanctions qui va de 0 à 30 % de la valeur des ventes. Or la sanction dépend de plusieurs critères en partie qualitatifs et il est impossible de les agréger sans définir un poids pour chacun d'eux et définir des valeurs quantitatives en valeur absolue pour chacun des niveaux de chacun des critères (par exemple des notes).

Ainsi l'exigence de cohérence entre les sanctions nécessite une plus grande précision et une plus grande transparence sur la manière dont les différents critères de gravité sont mis en œuvre.

De ce fait, la possibilité de contester la sanction devant la Cour d'appel demeure limitée. En effet, même si la Cour d'appel n'est pas réellement tenue par le communiqué sanction (du fait qu'il ne figure pas dans la loi), elle doit pourtant pouvoir vérifier la cohérence entre la sanction demandée par l'Autorité et les règles fixées par le communiqué sanction⁹³. Ces règles étant trop peu précises, le Cour d'appel ne peut aujourd'hui faire un réel travail de vérification.

Ainsi, il faudrait un cadre beaucoup plus précis pour que la Cour d'appel puisse tirer les conséquences nécessaires liées à une erreur de l'Autorité de la concurrence sur l'un ou l'autre des critères lui permettant d'apprécier la gravité des faits et le dommage à l'économie. Par exemple, il conviendrait de fixer le poids relatif des critères et la correspondance entre les paliers d'analyse de chacun d'eux (tels que définis au §32) et le pourcentage retenu de la valeur des ventes comme c'est déjà le cas pour la durée des pratiques, avec l'application d'un facteur (1 la première année, 0,5 les suivantes).

(93) Valérie Michel-Amsellem - Le rôle de l'évaluation du dommage à l'économie dans le calcul de la sanction - Revue Concurrences Hors-série 2016-2017 - Qu'est-ce que le dommage à l'économie - Conférence du 29 juin 2016

Cela permettrait non seulement une meilleure lisibilité des sanctions appliquées, mais surtout améliorerait les recours possibles en cas de contestation d'un ou plusieurs des critères listés au

§32. Par exemple, dans le dossier Messageries⁹⁴ 6, alors que l'Autorité est contestée par les sociétés mises en cause sur son analyse de l'ampleur de l'infraction (premier critère du §32 et en l'espèce principal critère analysé par l'Autorité), il n'est pas possible, ni pour les mises en cause, ni pour la Cour d'appel, d'en tirer les conséquences nécessaires en matière de sanction, puisque le communiqué ne donne pas aujourd'hui de poids attribué à chacun des critères.

(94) *Op. Cit.*

IV. CONCLUSION

On constate ainsi un fort décalage entre le caractère qui peut paraître arbitraire des décisions de l'Autorité qui ne sont pas suffisamment encadrées par ses propres lignes directrices et l'exigence de rigueur dont elle fait preuve vis-à-vis des mis en cause.

1. Une suggestion est donc proposée de préciser plus clairement l'interprétation qu'il convient de donner à la notion de cohérence du montant de base des sanctions pécuniaires en particulier lorsqu'il est fixé de manière forfaitaire.
2. Concernant le deuxième point évoqué relatif à la définition par l'Autorité de la situation contrefactuelle au moins de manière qualitative, elle nous paraît également un prérequis nécessaire pour apprécier, au moins de manière qualitative le dommage à l'économie.
3. De même, concernant le troisième point évoqué, concernant la gravité des faits, une plus grande précision dans l'appréciation des critères de gravité et leur positionnement relatif est nécessaire pour permettre un contrôle de la Cour de cassation sur l'individualisation des sanctions qui ne demeure pas purement formel.

Se pose cependant la question de l'étendue de son contrôle et de ses motivations car en laissant au pouvoir souverain du juge l'appréciation de la gravité des pratiques, dès lors que la Cour d'appel se prononce sur cette gravité, la Cour de cassation ne peut pas discuter de la mise en œuvre des critères de gravité et de leur relation avec le pourcentage retenu de la valeur des ventes. L'existence de règles plus précises permettrait à la Cour d'appel de se prononcer sur leur application par l'Autorité et à la Cour de cassation d'en contrôler la mise en œuvre⁹⁵.

(95) Maurice Nussenbaum – « Pour une motivation détaillée de l'évaluation des dommages économiques dans les décisions de justice » – Les Petites Affiches - article à paraître 1er Trimestre 2017.

3.5 Anne-Lise Sibony⁹⁶ - Le tournant comportemental en droit de la concurrence

Joël Monéger m'apprit la vertu de la brièveté. Je venais de terminer ma thèse, qui, avec ses 883 pages, ne pouvait raisonnablement prétendre au qualificatif de brève⁹⁷. Pour présenter un dossier convenable au CNU⁹⁸, il me fallait rapidement une autre publication. Une note d'arrêt ferait l'affaire. Joël Monéger attira mon attention sur un arrêt de la Cour d'appel de Paris dans une affaire de concurrence assez amusante : une pratique concertée entre palaces parisiens... révélée avec une candeur désarmante par une responsable commerciale dans une émission télévisée grand public⁹⁹. Le commentaire n'était pas trop difficile à faire. Ce qui me donna vraiment du mal fut la longueur imposée. Je me souviens que Joël Monéger, patient mais ferme, m'indiqua, que, oui vraiment, la limite du nombre de signes était impérative. Apprentissage précieux dont je le remercie et auquel je dois m'efforcer d'être fidèle dans les lignes qui suivent. C'est là un beau défi compte tenu du sujet choisi pour cette contribution.

En effet, ni l'analyse comportementale du droit (*behavioural analysis of law*) en général, ni l'approche comportementale du droit de la concurrence (*behavioural antitrust*) en particulier, n'est encore familière aux juristes francophones. En un mot, l'analyse comportementale du droit consiste à intégrer dans la réflexion sur le droit les apports des sciences comportementales, en particulier ceux de la psychologie et de

(96) Professeure de droit européen, université catholique de Louvain. Professeure de droit européen, université catholique de Louvain. Cette contribution a été initialement publiée sous les références suivantes : *Le tournant comportement en droit de la concurrence*, in *Liber Amirocum* en l'honneur du Professeur Joël Monéger, LexisNexis 2017, p. 761-772.

(97) A.-L. Sibony, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris : LGDJ, 2008.

(98) Le Conseil national des universités, connu en France sous l'acronyme CNU, est un organisme chargé d'agrèer les candidats aux fonctions universitaires dans tout le territoire national. Un candidat doit d'abord obtenir la « qualification » du CNU avant de pouvoir postuler à un emploi d'enseignant-chercheur dans une université publique française.

(99) CA Paris, 1^{er} ch., sect. H., 26 sept. 2006, SA hôtel Le Bristol et a. c/ Ministre de l'Économie, JCP(G) 2006, II-10204.

l'économie comportementale (*behavioural economics*)¹⁰⁰. À cet égard, il est nécessaire de souligner d'emblée que ces apports sont de nature empirique. À la différence de l'économie néoclassique, les sciences comportementales n'offrent pas une nouvelle théorie générale du comportement humain, mais une riche collection d'études empiriques dont l'objet est la formation des jugements et la prise de décision⁵. Appliquer ces éclairages aux jugements et aux décisions pertinents pour le droit est l'objet même de l'analyse comportementale du droit. Les appliquer aux comportements de marché visés par le droit de la concurrence est l'objet de l'analyse concurrentielle comportementale.

De manière générale, l'enjeu de la démarche est de rendre l'analyse juridique plus réaliste et, partant, le droit plus efficace¹⁰¹. Il s'agit de réfléchir à la conception des règles et à leur application en tenant compte des comportements des personnes concernées (destinataires de la règle, tiers affectés, autorités en charge de leur application). Cela bien sûr n'est pas en soi une perspective nouvelle. La nouveauté réside dans les connaissances et les outils qui sont mobilisés pour mieux appréhender les comportements humains pertinents pour le droit. Dans l'analyse comportementale, on ne se contente plus du simple bon sens ni d'une analyse en termes de coûts et d'incitations sous l'hypothèse de rationalité. En cela, l'analyse comportementale se distingue à la fois de l'analyse doctrinale ordinaire et de l'analyse économique du droit¹⁰².

(100) Pour une très brève introduction en français, v. A. Alemanno, G. Helleringer et A.-L. Sibony, Brève introduction à l'analyse comportementale du droit, *D.*, 2016, p. 911-914 ; Pour un argument plus développé, V. A.-L. Sibony, G. Helleringer et A. Alemanno, L'analyse comportementale du droit manifeste pour un nouveau champ de recherche en Europe, *RIDE*, 2016, p. 315-338 (citant de nombreuses références). V. aussi A. Biard et M. Faure, Ce que l'économie comportementale peut apporter aux juristes, *RTD eur.* 2015, p. 715 ; et *Psycho-Droit*, 1-2016, *La psychologie et le droit : Quels liens ?*, p. 17-39.

(101) Rappelons pour éviter toute confusion que "efficace" signifie qui atteint son but (quel que soit ce but). Nous ne faisons ici aucune référence à la notion d'efficacité, parfois appelée en français "efficacité économique". Sur ce point, v. A.-L. Sibony, Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficacité en droit in M. Fatin-Rouge Stéfanini, L. Gay & A. Vidal-Naquet (Eds.), *L'efficacité de la norme juridique Nouveau vecteur de légitimité*, Bruxelles : Bruylant, 2012, p. 61-84.

(102) Tor, *Methodology*, p. 238. L'analyse comportementale du droit se distingue aussi de la psychologie du droit au sens où l'entendait J. Carbonnier (par analogie avec sa 'sociologie du droit'). Sur ce point, v. Sibony *et al.*, *RIDE* 2016 cité note 4.

L'analyse comportementale du droit s'est développée aux États-Unis depuis une quinzaine d'années¹⁰³. À cet égard, les travaux des psychologues D. Kahneman et A. Tzversky, qui débutèrent dans les années 1970, doivent être mentionnés. Ces travaux empiriques remettent en cause le bien-fondé de l'hypothèse de rationalité admise en économie. Ces travaux venaient au soutien des doutes qu'on pouvait intuitivement nourrir à l'endroit de l'hypothèse de rationalité (doutes qui n'avaient guère droit de cité à l'Université de Chicago à l'époque) et leur donnait une légitimité scientifique. C'est du reste ce qui valut à Kahneman et Tzversky le prix Nobel d'économie en 2002¹⁰⁴. Dans le contexte académique États-Unis, où l'analyse économique du droit avait pris une importance considérable au sein des facultés de droit et dans la production doctrinale, ces travaux ne pouvaient qu'avoir un retentissement considérable. En effet, l'analyse économique du droit est fondée sur l'économie néoclassique et, partant, sur l'hypothèse de rationalité. Dès lors, s'il était démontré que l'hypothèse de rationalité ne pouvait plus raisonnablement être admise lorsqu'on parle de situations réelles, l'analyse économique du droit apparaissait comme un discours « hors sol », détaché du monde réel, celui-là même que le droit s'efforce de régir.

Curieusement, aux États-Unis, l'analyse comportementale s'est diffusée en droit de la concurrence plus tard que dans d'autres domaines, peut-être en raison d'un attachement plus grand au paradigme économique standard dans ce domaine que dans d'autres¹⁰⁵. Toujours est-il que c'est seulement à partir des années 2010 que l'analyse comportementale a suscité un véritable intérêt au-delà du cercle restreint des pionniers dans

(103) Un article souvent cité comme pionnier est C. Jolls and C. Sunstein, *Debiasing through Law*, *Journal of Legal Studies*, 2006 (vol. 35), 199-241. V. infra pour des références plus anciennes.

(104) Kahneman le souligne dans son discours de réception du prix Nobel, http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2002/kahnemann-lecture.pdf (texte), <http://www.nobelprize.org/mediaplayer/?id=531> (vidéo). Pour un exposé plus grand public, v. D. Kahneman, *Thinking Fast and Slow*, Farrar, Straus and Giroux, 2011, trad. Fr. : *Système 1 / Système 2 : Les deux vitesses de la pensée*, Flammarion 2012.

(105) Tor, *Understanding*, cité note 5, p. 575. Parmi de nombreuses références, on citera A. Reeves et M. Stucke, *Behavioral Antitrust*, *Indiana L. J.*, 2011, vol. 86, 1527, <https://ssrn.com/abstract=1582720> ; M. Stucke, *Behavioral Economists at the Gate : Antitrust in the Twenty-First Century*, *Loyola U. Chicago L.J.*, 2007, vol. 38, p. 513, <https://ssrn.com/abstract=981530>.

ce domaine¹⁰⁶. Au cours des dernières années, le nombre de publications traitant de *behavioural antitrust* a connu une augmentation rapide et des responsables de la FTC ont également manifesté publiquement leur intérêt pour cette approche¹⁰⁷. L'analyse comportementale, quoiqu'en disent ceux de ses détracteurs qui la caricaturent, n'a ni vocation à révolutionner le droit de la concurrence ni à remplacer le rôle important qu'y occupe l'économie, mais plutôt à compléter les analyses économiques pour arriver à une compréhension plus fine des comportements de marché et à une approche « plus réaliste » du droit de la concurrence¹⁰⁸.

En Europe, où l'analyse économique du droit est moins prégnante, sa remise en cause a moins attiré l'attention, sans doute précisément parce qu'elle ne fragilisait pas un paradigme dominant. Pour autant, les apports de l'analyse économique du droit n'en sont pas moins pertinents pour les droits européens¹⁰⁹. C'est en particulier le cas pour le droit européen de la concurrence. Il convient d'exposer les éléments d'analyse comportementale les plus utiles au droit de la concurrence (I) avant de présenter les enjeux de ce supplément de finesse (II).

I. Éléments choisis d'analyse comportementale à l'usage des spécialistes de droit de la concurrence

L'analyse empirique des comportements met à jour des déviations par rapport à la rationalité que postulent les économistes. Ces déviations ne sont ni erratiques ni systématiques. Elles peuvent varier en fonction des individus et du contexte, mais elles sont prévisibles¹¹⁰. Parmi les résultats

(106) A. Tor est le premier à avoir abordé le droit antitrust d'un point de vue comportemental dans A. Tor, *The Fable of Entry : Bounded Rationality, Market Discipline, and Legal Policy*, *Michigan Law Review*, 2002 (Vol. 101), p. 482-568 (<https://ssrn.com/abstract=934880>) et A. Tor, *Illustrating a Behaviorally Informed Approach to Antitrust Law : The Case of Predatory Pricing*, *Antitrust*, Fall 2003, 52.

(107) Pour une recension, v. Tor, *Understanding*, cité note 5, à la note 7.

(108) Par analogie avec l'approche « plus économique » adoptée depuis une vingtaine d'années par la DG Concurrence. Je m'appuie ici encore sur A. Tor, *Understanding*, cité note 5, et sur A. Heineemann, *Behavioural Antitrust A More Realistic Approach to Competition Law* in K. Mathis (dir.), *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, Springer 2015, p. 211-243.

(109) A. Alemanno et A.-L. Sibony, *Nudge and the Law: A European Perspective*, Hart Publishing, 2015.

(110) C'est ce qui conduit Dan Ariely à intituler son ouvrage grand public *Predictably Irrational*, Harper Collins, 2008.

empiriques trop nombreux pour qu'il soit possible de les synthétiser ici¹¹¹, on se limitera à une sélection non exhaustive d'éléments pertinents pour le droit de la concurrence. Ceux-ci ont trait tant à la rationalité limitée des consommateurs qu'à la rationalité limitée des entrepreneurs. Notons à cet égard que les mêmes biais comportementaux affectent les humains lorsqu'ils consomment et lorsqu'ils travaillent dans une entreprise¹¹². Il serait donc inexact de considérer que les éléments présentés ci-dessous affectent distributivement les consommateurs pour les uns et les entreprises pour les autres. En outre, la réalité est plus complexe : certains biais qui se manifestent dans les décisions individuelles peuvent être moins présents dans les décisions collectives prises au sein d'une organisation, tandis que d'autres peuvent au contraire être exacerbés¹¹³. Ce n'est donc qu'en première approche et parce que leurs conséquences pour le droit de la concurrence doivent être analysées séparément que l'on s'attachera successivement à la rationalité limitée des consommateurs (A) et des entrepreneurs (B).

A. La rationalité limitée des consommateurs

Comme les spécialistes de marketing le savent fort bien, les choix des consommateurs réels sont influencés par de nombreux facteurs dont la fiction du consommateur rationnel ne peut rendre compte. Ainsi, les consommateurs ont tendance à se laisser aveugler par les bénéfices immédiats et à ne pas tenir compte des coûts futurs. De l'acheteur de rasoir qui sous estime ce qu'il dépensera en lames à celui qui se laisse séduire par un téléphone « gratuit » sans prêter attention au supplément qui sera inclus dans son abonnement pour financer ce « cadeau », les exemples de ce qu'on nomme la « myopie du consommateur » sont

(111) Pour une présentation très accessible, outre les ouvrages déjà cités de Kahneman (note 9) et d'Ariely (note 15), on peut citer le plus célèbre et le plus influent des ouvrages de vulgarisation de sciences comportementales, R. Thaler et C. Sunstein, *Nudge : Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008.

(112) A. Tor, *Understanding*, cité note 5, p. XX.

(113) A. Tor, *Understanding*, cité note 5, p. 638-643.

innombrables¹¹⁴. Du point de vue du droit de la concurrence, ce phénomène peut avoir différentes conséquences, notamment pour l'appréciation des restrictions de concurrence sur les marchés « secondaires » (*marchés de consommables ou aftermarkets*).

À cet égard, l'analyse économique traditionnelle fait valoir qu'il n'y a pas lieu de trop s'attacher à d'éventuelles restrictions de concurrence sur le marché des consommables (lames de rasoir, minutes de communications) dès lors qu'il existe une concurrence suffisante entre les « systèmes » (rasoir + lames ; téléphone + communications). Cependant, si, comme le montrent les études empiriques, les consommateurs survalorisent les avantages immédiats au point de tenir très peu compte des coûts futurs¹¹⁵, cette concurrence entre « systèmes » ne suffit pas. Il y a là certainement un enseignement utile pour le droit de la consommation, mais aussi pour le droit de la concurrence. Il n'est dès lors peut-être pas si absurde que le pensent les économistes classiques de définir des marchés limités aux consommables ou aux pièces détachées d'une seule marque¹¹⁶ et d'y examiner si le comportement de l'entreprise qui détient par hypothèse un monopole sur ce marché est abusif.

Parmi d'autres infirmités structurelles, les consommateurs réels (à la différence des super-consommateurs rêvés par les économistes) souffrent aussi de ce qu'on appelle le « biais d'inertie ». Cette expression désigne la tendance qui fait que peu d'entre nous résilient un abonnement à un magazine qu'ils ne lisent plus ou décochent une case précochée sur un

(114) Pour une étude approfondie des conséquences de ce biais notamment (principalement dans une perspective de droit des contrats et de droit de la consommation), v. O. Bar-Gill, *Seduction by Contract : Law, Economics, and Psychology in Consumer Markets*, OUP, 2012. Pour une présentation plus générale des acquis de la psychologie sociale et de leur pertinence concernant le comportement des consommateurs, v. R.-V. Joule et J.-L. Beauvois, *Petit traité de manipulation à l'usage des honnêtes gens*, Presses Universitaires de Grenoble, 3^e éd. 2014 ; O. Corneille, *Nos préférences sous influences*, ed Mardaga, 2010.

(115) On parle d'actualisation hyperbolique (*hyperbolic discounting*) pour indiquer que, contrairement à ce que supposent les économistes néoclassiques dans leurs modèles, le taux d'actualisation n'est pas constant et ne dépend pas uniquement de la durée pendant laquelle un avantage est déferé (actualisation exponentielle). La plupart des gens préfèrent 100 € aujourd'hui à 110 € demain, mais très peu préfèrent 100 € dans 30 jours à 110 € dans 31 jours. Le taux d'actualisation est (beaucoup) plus élevé lorsque l'attente est proche dans le temps que lorsqu'elle est distante. S. Frederick, G. Loewenstein et T. O'Donoghue, *Time Discounting and Time Preference : A Critical Review*. *Journal of Economic Literature*, 2002, vol. 40, n° 2, p. 351-401.

(116) V. par exemple Hugin, 22/78, EU : C : 1979 :138.

formulaire alors même que rien ne nous en empêche et que ce serait dans notre intérêt¹¹⁷. De nombreuses études empiriques ont montré l'étonnante puissance de ce trait comportemental¹¹⁸. L'une des conséquences pour le droit de la concurrence concerne l'appréciation des comportements de changement de fournisseur. Si l'on suit une approche comportementale, il n'est pas suffisant d'avoir égard aux coûts de changement (*switching costs*), car il peut exister des barrières comportementales au changement alors même que ces coûts sont faibles, voire inexistantes.

La myopie et le biais d'inertie sont très loin d'épuiser les déviations comportementales par rapport au modèle du consommateur rationnel que le droit de la concurrence emprunte sans doute plus souvent qu'à son tour à l'économie. Ces deux exemples ne visent qu'à en donner un aperçu et suggérer leur incidence¹¹⁹. L'impératif de brièveté nous oblige à nous tourner sans tarder vers les entreprises.

B. La rationalité limitée des entrepreneurs

Les entreprises sont dirigées par des humains, qui ne sont pas immunisés contre les limites de la rationalité¹²⁰. Certaines manifestations de la rationalité limitée importent tout particulièrement dans le contexte de décisions managériales. Tel est notamment le cas de l'excès de confiance (*over confidence*) et de l'aversion aux pertes (*loss aversion*).

(117) Le législateur européen a tiré les conséquences de ce biais d'inertie dans la législation consumériste, en interdisant la vente par inertie (*inertia selling*), qui consiste à précocher une case indiquant l'acceptation par le consommateur d'un produit ou service supplémentaire par rapport à celui qui fait l'objet de la transaction principale (par exemple une assurance lors de l'achat d'un billet d'avion) : Art. 22 de la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs, JO L 304 du 22.11.2011, p. 64-88.

(118) Les premières études empiriques sont : D. Kahneman et A. Tzversky, *The psychology of preference*, *Scientific American*, 1982, vol. 246, p. 160-173 ; W. Samuelson et R.J. Zeckhauser, *Status quo bias in decision making*, *Journal of Risk and Uncertainty*, 1988, vol. 1, 7-59.

(119) Pour un tour d'horizon plus complet, on se reportera à A. Reeves et M. Stucke, cité note et pour un exposé assez synthétique A. Heinemann, cité note 13.

(120) M. Armstrong et S. Huck, *Behavioral Economics as Applied to Firms : A Primer*, *Competition Policy International*, 2010, vol. 6, n° 1, p. 1-45.

L'excès d'optimisme ou excès de confiance est un phénomène bien connu des universitaires, qui croient généralement (en dépit de leur expérience) qu'un article prendra moins de temps à écrire que ce n'est le cas en réalité. Ce trait semble également répandu dans la population. Une expérience bien connue en psychologie avait par exemple montré qu'une large majorité de personnes testées (93 %) se considéraient comme faisant partie des 50 % de conducteurs les plus sûrs¹²¹. Il y a par ailleurs des raisons de penser que les entrepreneurs et les cadres dirigeants font partie des personnes qui, au sein de la population ont le plus confiance en elles¹²². Dès lors, il est raisonnable d'estimer que ce trait peut affecter les décisions des entreprises de certaines distorsions par rapport à ce qu'elles seraient si tous les dirigeants étaient parfaitement rationnels au sens où l'entendent les économistes. L'optimisme excessif des dirigeants sur les synergies qui pourront être exploitées entre les parties à une opération de fusion-acquisition peut ainsi expliquer le nombre élevé d'opérations de concentration qui ne sont pas rentables¹²³. De la même manière, un optimisme irraisonné peut conduire à des stratégies de prédation alors même que les conditions de rentabilité de telles stratégies ne sont pas réunies¹²⁴. Le biais d'optimisme peut encore expliquer la persistance des cartels en dépit des sanctions très fortes : les managers croient que (à la différence des autres), ils ne seront pas pris¹²⁵. Si cette hypothèse est juste, elle suggère que l'augmentation des amendes est peut-être moins dissuasive qu'on pourrait le penser sur la base d'un raisonnement économique et que des sanctions pénales pourraient être plus efficaces. En effet, pour un dirigeant, la perspective de se retrouver en prison est réellement effrayante et le phénomène d'aversion au risque

(121) O. Svenson, Are We All Less Risky and More Skilful Than our Fellow Drivers ?, *Acta Psychologica*, 1981, vol. 47, p. 143-148.

(122) Armstrong et Huck, *supra* note 25, p. 26-27.

(123) R. Roll, The Hubris Hypothesis of Corporate Takeovers, *J. Bus.*, 1986, vol. 59, p. 197-216 ; C. Camerer et D. Lovo, Overconfidence and Excess Entry : An Experimental Approach, *Amer. Econ. Rev.* 1999, vol. 89, p. 306-318 et pour les implications juridiques, A. Tor (2002), cité *supra* note 11. *Adde* :

U. Malmendier et G. Tate, CEO Overconfidence and Corporate Investment, *J. Fin.* 2005, 60, pp 2661-2700 ; U. Malmendier et G. Tate, Who Makes Acquisitions ? CEO Overconfidence and the Market's Reaction, *J. Fin. Econ.*, 2008, vol. 89, p. 20-43.

(124) *V. infra* II. B.

(125) Armstrong et Huck, *supra* note 25, p. 28.

– bien établi par les études comportementales – a toutes les chances d’orienter les comportements vers la prudence¹²⁶.

Un autre biais mis en lumière de manière expérimentale par les psychologues est d’une importance particulière pour appréhender les comportements des entreprises dans le contexte de la mise en œuvre du droit de la concurrence. Il s’agit de l’aversion aux pertes. Cette aversion est l’un des résultats majeurs issus des premiers travaux de Kahneman et Tzversky, dans le cadre de ce qu’ils ont baptisé la théorie des perspectives (*prospect theory*)¹²⁷. Nous avons à ce point horreur de perdre que la peur de perdre constitue une motivation beaucoup plus décisive de nos actions que le désir du gain. Ce phénomène se combine avec l’effet de cadrage (*framing effect*), qui décrit l’influence qu’exerce la manière dont un choix est présenté. L’illustration canonique de ce biais concerne un choix médical. Si l’on présente à un patient atteint d’une grave pathologie cardiaque l’opération chirurgicale recommandée en l’informant que, cinq ans après l’opération, 90 % des patients ayant bénéficié de ce traitement sont en vie ou bien si on lui dit que, cinq ans après l’opération, 10 % des patients sont morts, sa réaction sera très différente. Bien que le contenu informationnel soit identique, le cadrage positif (être vivant) ou négatif (être mort) influe grandement sur la probabilité que le patient consente à l’opération. Le cadrage positif ou négatif d’un choix affecte en outre de manière déterminante notre attitude par rapport au risque. Tzversky et Kahneman ont mis en évidence de manière expérimentale que, selon que nous sommes dans une perspective de gain ou de perte (perspective créée par le cadrage), nous sommes plus ou moins averses au risque³³. Dans une perspective de gain, nous avons tendance à craindre les risques et préférer la certitude, tandis que, pour un choix identique présenté dans une perspective de perte, nous avons au contraire tendance à prendre des risques.

(126) A. Heineman, cité note 13, p. 22.

(127) *Supra* note 9. Adde : D. Kahneman et A. Tzversky, *Prospect theory : An analysis of decisions under risk*, *Econometrica*, 1979, vol. 47 n° 2, p. 263-291 ; D. Kahneman et A. Tzversky, *Advances in prospect theory : Cumulative representation of uncertainty*, *Journal of Risk and Uncertainty*, 19992, vol. 5, n° 4, p. 297-323 (avançant que l’aversion aux pertes avait un effet environ deux fois plus puissant que l’appât du gain).

Ces enseignements s'appliquent dans le monde de l'entreprise à des comportements qui intéressent le droit de la concurrence. Si, par exemple, un manager optimiste considère différents scénarios d'entrée sur un nouveau marché en les comparant au scénario le plus favorable qu'il imagine, ces scénarios seront mentalement associés à des pertes (plutôt qu'à des gains de montants moindres) et l'on peut s'attendre à ce que le décideur fasse des choix plus risqués que ceux d'un manager parfaitement rationnel.

On le voit, les différents phénomènes mis en lumière par la psychologie expérimentale susceptibles de s'appliquer d'une part aux consommateurs et d'autre part aux entreprises enrichissent et complexifient l'analyse concurrentielle. Si de nombreuses implications restent encore à explorer, les enjeux de ce supplément de finesse sont d'ores et déjà clairs.

II. Les enjeux d'un supplément de finesse

Contrairement à ce qui a parfois été soutenu, l'enjeu de l'analyse comportementale pour le droit de la concurrence n'est pas de déloger l'analyse économique¹²⁸. Il serait stupide de prétendre que les prix, les coûts, les incitations n'ont pas d'incidence sur les comportements. Les outils conceptuels forgés par l'économie pour tenir compte de ces variables restent les meilleurs dont nous disposons pour cet usage. En revanche, ces variables n'expliquent pas tous les comportements qui sont pertinents pour l'analyse concurrentielle. Or ni les autorités de concurrence ni les juges ne devraient ignorer ce dont l'économie ne permet pas de rendre compte. C'est pour cela que le complément de l'analyse comportementale est précieux. Il s'agit de pouvoir mieux appréhender les comportements de marché, spécialement ceux qui resteraient invisibles à travers des lunettes d'économistes et seraient de ce fait considérés à tort comme impossibles ou improbables. Plus précisément, l'analyse comportementale conduit à affiner le cadre d'analyse (A) et à ouvrir plus grand le champ des analyses factuelles au cas par cas, au détriment des présomptions (B).

(128) Tor, *Understanding*, cité note 5, p. 578.

A. Un cadre analytique affiné

L'analyse comportementale attire notre attention sur des faits qui sont pertinents pour anticiper des comportements de marchés et qui ne sont pas pris en considération par l'analyse économique. Par exemple, pour revenir au problème des lames de rasoir (*aftermarkets*), on considère dans une approche comportementale que l'effet d'un prix de vente élevé des consommables sur les consommateurs est lié à deux éléments (et non un seul) : d'une part la proportion respective de consommateurs myopes et de consommateurs sophistiqués parmi les acheteurs du produit principal (rasoir, imprimante, téléphone, etc.) et, d'autre part, à l'intensité de la concurrence sur le marché du produit principal¹²⁹. L'analyse économique met l'accent sur le second élément uniquement. L'analyse comportementale suggère d'ajouter une variable au raisonnement : en effet, si les consommateurs « myopes » sont nombreux, les conclusions de l'analyse économiques seront mises en échec car la concurrence sur le marché principal ne les protège pas contre l'exploitation. En Europe, le droit intègre l'idée que la concurrence sur le marché principal peut ne pas suffire¹³⁰. L'état du droit est donc propice à un raffinement comportemental de l'analyse.

Cet exemple illustre que l'analyse comportementale peut justifier, dans certains cas, une divergence entre démarche de qualification juridique des faits et les préconisations des économistes. En ce sens, cette approche offre une légitimité scientifique nouvelle aux « déviations » du droit européen de la concurrence européen par rapport au droit américain sur les points où ce dernier a fait de l'analyse économique l'alpha et l'oméga de sa démarche¹³¹. Elle permet aussi d'affiner l'analyse en suggérant – comme l'avait fait l'analyse économique en son temps – des faits pertinents¹³² ou un nouveau test de qualification¹³³. Outre sa

(129) Tor, *Understanding*, cité note 5, p. 599.

(130) V. par exemple, CJCE, 2 mars 1994, Hilti/Commission, C-53/92 P, EU : C : 1994:77.

(131) En ce sens, à propos du droit de l'abus de position dominante : N. Petit et N. Neyrinck, *Behavioral Economics and Abuse of Dominance – A Fresh Look at the Article 102 TFEU Case-Law*, manuscrit non publié, disponible sur ssn https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1641431.

(132) Sur ce mécanisme d'intégration des apports de l'économie (ou d'un autre discours scientifique) en droit, v. A.-L. Sibony, *Le juge et le raisonnement économique*, cité note 1, p. 471 et s.

(133) Sur cette notion, A.-L. Sibony, *Le juge et le raisonnement économique*, cité note 1, p. 502 et s.

contribution à l'interprétation du droit, l'analyse comportementale a aussi une incidence sur le plan probatoire.

B. Une ouverture accrue à l'analyse empirique au détriment des présomptions

L'approche comportementale est fondamentalement empirique. Certes, l'accumulation de travaux expérimentaux permet un certain degré de généralisation – sans quoi les sciences comportementales ne seraient absolument pas utilisables par le droit – mais cette généralisation demeure de nature inductive. Il est important de ne pas le perdre de vue, et ce pour deux raisons.

En premier lieu, c'est là une caractéristique qui distingue fondamentalement l'analyse comportementale de l'analyse économique. Là où les économistes postulent la rationalité, les psychologues étudient empiriquement les déviations par rapport à cet idéal type. Il en résulte que, pour chacun des « biais » étudiés (c'est le terme un peu malheureux utilisé pour dénoter les déviations observées par rapport à la rationalité parfaite des économistes), des expérimentations sont nécessaires pour cerner les circonstances dans lesquelles ce biais se manifeste (est-il général ? dépend-il de la réunion de certaines conditions ?), sa prévalence et son intensité. Il faut donc être particulièrement attentif aux inférences que l'on tire des études comportementales pour éviter toute généralisation abusive¹³⁴. L'analyse économique valorise la généralité de l'hypothèse de rationalité au détriment de son exactitude descriptive. L'analyse comportementale recherche au contraire l'exactitude descriptive, fût-ce au prix d'une casuistique complexe. Il serait contraire à l'esprit même de la démarche de supposer des formes d'irrationalité constantes et également partagées. Il y a lieu au contraire, d'être alerté sur l'existence des biais et, lorsque cela peut avoir un impact sur l'appréciation d'un comportement de marché, de vérifier au cas par cas s'il est probable que de tels biais sont effectivement présents. Tel est précisément la seconde raison, outre la distinction d'avec l'analyse économique, de ne pas se méprendre sur la nature des apports comportementaux.

(134) V. Sur ce point les développements de A. Tor, *Understanding*, cité note 5, p. 608-618.

En second lieu en effet, le caractère empirique des sciences comportementales a une incidence probatoire. Faute de pouvoir livrer des généralités prêtes à l'emploi dans tous les cas, l'approche comportementale peut comme on l'a vu conduire à préconiser des analyses au cas par cas là où l'analyse économique prescrit une présomption. Ce point est bien illustré par l'exemple des règles qui régissent les prix prédateurs en droit américain. Comme en droit européen, l'hypothèse de rationalité est cristallisée dans le raisonnement du juge¹³⁵. Mais la force normative attachée à cette hypothèse par la Cour suprême des États-Unis dans son arrêt *Brooke*¹³⁶ est particulièrement forte. En effet, la Cour suprême a dit pour droit que, pour qualifier des prix de prédateurs, il était nécessaire de démontrer non seulement que les prix étaient inférieurs à un seuil de coût, mais aussi que l'entreprise supposément prédatrice avait *ex ante* une probabilité raisonnable de récupérer dans une seconde phase les pertes qu'elle consentait au cours d'une première phase. Ériger ainsi la possibilité de récupération en élément nécessaire de la qualification se justifie, selon la Cour, par la circonstance que, en l'absence d'une telle possibilité, une entreprise rationnelle ne s'engagerait pas dans une stratégie de prédation. La barre probatoire est placée si haut par la Cour suprême qu'elle équivaut en pratique à une présomption selon laquelle les stratégies de prédation sont peu plausibles. Du reste, on ne compte aucun cas de condamnation pour prix prédateurs aux États-Unis depuis cet arrêt.

L'éclairage des sciences comportementales suggère que cette règle est trop sévère pour les autorités de concurrence et trop douce pour les entreprises. Le juge américain a tort d'exclure la possibilité qu'une entreprise disposant d'un pouvoir de marché se lance dans une stratégie de prédation non rentable, et ce en raison de l'existence du biais d'optimisme. Bien sûr, on ne peut pas présumer que les entreprises en position dominante agissent systématiquement de manière irrationnelle et adoptent des stratégies dont on peut objectivement savoir à l'avance

(135) Sur le droit américain, Tor, *Understanding*, cité note 5, p. 583 ; sur le droit européen, Sibony, note 1 p. 493.

(136) *Brooke Group.*, 509 U.S., p. 225-26. V. sur ce point A. Tor, *Understanding*, cité note 5, p. 583 et *The fable of Entry*, cité note 11.

qu'elles seront non rentables. L'enseignement pratique de cette discussion est donc qu'il convient de considérer que l'adoption d'une stratégie de prédation par une entreprise est une question de fait pour laquelle la preuve devrait être libre. La présomption de rationalité ne doit pas être remplacée par une présomption d'irrationalité, mais elle doit rester une présomption simple et non être cristallisée dans un test de qualification qui empêche en pratique le juge de connaître des preuves éventuelles d'un comportement abusif non rentable. À cet égard, le droit européen, qui fait de l'intention l'élément central de la qualification (puisque le test de coûts peut être lu comme un test d'intention sous l'hypothèse de rationalité)¹³⁷ est plus ouvert que ne l'est le droit américain à la prise en considération d'une stratégie irrationnelle.

En guise de conclusion

En Europe, le droit présente un degré d'ouverture assez fort à un tournant comportemental. L'approche « plus économique » qui a été promue par la Commission depuis les années 1990 n'est pas à ce point rigide qu'elle fermerait la porte à des analyses plus fines. C'est une chance, car il est temps de se séparer des œillères qu'une foi trop crédule dans la rationalité des consommateurs et des entrepreneurs voudrait faire porter aux autorités de concurrence comme aux avocats des entreprises. Notons à cet égard que les arguments comportementaux, à la différence de la plupart des arguments économiques, n'incorporent pas de contenu normatif. Ils n'ont pas vocation à nourrir plus particulièrement les positions des entreprises, des consommateurs ou des autorités de concurrence¹³⁸.

L'apport des sciences comportementales à l'analyse concurrentielle consiste avant tout dans une ouverture à une appréhension plus fine et plus réaliste des comportements de marché : les sciences comportementales légitiment cette ouverture et offrent une grille conceptuelle pour s'y engager (la cartographie des phénomènes comportementaux qui n'a été brossée qu'à très grands traits dans cette contribution).

(137) A.-L. Sibony, Les prix prédateurs entre la lettre de la jurisprudence et l'esprit du raisonnement économique, *Petites affiches*, 2007 n° 113, p. 15-22.

(138) Pour une discussion approfondie sur ce point, v. A. Tor, *Understanding*, cité note XXX, p. XXX.

À cet égard, l'expérience méthodologique accumulée avec l'intégration de l'apport des sciences économiques pourra servir. En effet, comme le montre cette contribution, les apports des sciences comportementales empruntent les trois mêmes chemins vers le droit que les apports économiques, même si c'est pour mener à des résultats différents¹³⁹. L'analyse comportementale peut conduire, premièrement, à reconnaître la pertinence de nouveaux faits (par exemple la proportion de consommateurs myopes achetant sur un marché de consommables), deuxièmement, à modifier un test de qualification (par exemple là où une condition de possibilité de récupération des pertes est exigée pour la qualification de prix prédateurs) et, troisièmement, à renverser une présomption (par exemple par la preuve qu'un comportement « irrationnel » est probable dans le cas d'espèce).

Sans doute, l'intégration de la perspective comportementale dans la pratique du contentieux concurrentiel représente un vaste défi. Les amateurs européens de défis trouveront toutefois des pistes déjà bien tracées dans la littérature américaine qui a été mentionnée, notamment sur les questions méthodologiques. Resteront les questions empiriques, sur lesquelles il est important que la recherche en psychologie, en marketing et en gestion nous éclaire davantage. Tout en appelant de mes vœux des collaborations de ce type, je dois avouer au dédicataire de ces lignes que je reste convaincue que toute la recherche en sciences comportementale n'éclairera probablement jamais tous les comportements humains. Parmi beaucoup d'autres, le comportement de la managère qui révèle à la télévision un échange d'informations sensibles restera un mystère.

(139) Sur l'existence d'invariants dans les techniques par lesquelles le droit importe d'autres savoirs, v. A.-L. Sibony, La porosité du droit : à propos des relations du droit avec d'autres disciplines, Rev. Fac. Dr. Liège, 2010, n° 2, p. 271-278, <http://hdl.handle.net/2078.1/163056>.

3.6 AFEP, Association française des entreprises privées

Dans le cadre de ses réflexions lancées à l'occasion du 30^e anniversaire de l'Ordonnance de 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, le Club des Juristes a sollicité l'Afep pour recueillir l'approche des entreprises.

Le Club des Juristes entend mesurer l'adéquation au contexte politique, économique, juridique et social actuel des principes et règles que contient ce texte fondateur du droit de la concurrence en France, tels qu'ils ont été modifiés et qu'ils sont désormais compris dans le Code de commerce.

En réponse à cette sollicitation, l'Afep souhaite d'abord souligner différentes problématiques spécifiques aux ententes (1) avant de mettre en avant des caractéristiques communes au traitement de ces pratiques anticoncurrentielles (« PAC ») et aux concentrations (2). Enfin, un point spécifique sera développé sur les sanctions prononcées par la Direction générale de la consommation, de la concurrence et de la répression des fraudes (« DGCCRF ») concernant les retards constatés en matière de délais de paiement (3).

1) Spécificités au domaine des ententes

a) Constat global

Les entreprises considèrent que le mouvement général depuis 1986 tend à renforcer le rôle de l'Autorité de la concurrence (« ADLC ») tout en faisant peser sur elles un autocontrôle toujours plus développé alors qu'apparaissent en parallèle de nouveaux outils tels que les actions de groupe et des fonds divers d'indemnisation accroissant les charges sur elles.

Une collecte de la preuve facilitée pour les autorités de contrôle

La collecte de la preuve en matière d'entente se révélant complexe pour les autorités nationales de contrôle (« ANC »), celles-ci ont progressivement mis en place des outils contribuant à faciliter leur démarche :

- allègement des techniques de preuves incombant aux ANC : procédures négociées ;
- admissibilités des preuves de plus en plus larges (rôle des déclarations mis en avant dans la procédure de clémence).

La charge de la preuve transférée sur les entreprises

La montée en puissance de l'économie dans le droit de la concurrence (analyse des effets des comportements sur le marché plutôt que des seuls comportements) valorise les principes d'efficacité et de gain d'efficacité. La recherche des **effets** des comportements a progressivement fait **basculer la charge de la preuve sur les entreprises** qui doivent désormais dénoncer (via la clémence) et s'engager à modifier leurs structures ou leurs comportements (dans le cadre des transactions, notamment).

Une montée en puissance des actions privées

L'introduction en 2014¹⁴⁰ des actions de groupe dans le domaine de la concurrence est présentée comme complétant l'action publique pour d'une part inciter les entreprises à mieux s'autogérer (effet dissuasif du caractère potentiel de futures actions de groupe) et d'autre part indemniser les victimes d'entreprises auteurs d'ententes.

b) Réflexions proposées

Les programmes de conformité

Les entreprises considèrent que l'approche concurrentielle des programmes de conformité doit se concevoir dans un ensemble plus vaste, et bienvenu, de contrôle interne et d'autocontrôle. Celui-ci met en place des systèmes de surveillance « interactifs » au sein des groupes afin de créer des cercles vertueux permettant à la fois la diffusion de la culture de conformité (e-learning, formations régulières, visites surprises, etc.) comme la remontée des défaillances sans pour autant garantir une « assurance tous risques ». Des cas isolés de déviances (« brebis galeuses ») peuvent ainsi se faire jour, à l'insu de la société.

(140) Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

La prise en compte de l'existence de ces programmes devrait être considérée comme une **circonstance atténuante**, dans une approche au cas par cas, en fonction des efforts réalisés au sein de chaque entreprise.

L'imputabilité

L'« entreprise », notion communautaire du droit de la concurrence n'est pas définie sur le terrain de la responsabilité civile nationale. Toutefois, dans le cadre de la rédaction de l'ordonnance transposant la Directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014, a été envisagée pour la première fois la responsabilité civile de l'« entreprise », en l'occurrence pour le dommage causé par la commission d'une infraction au droit de la concurrence (projet d'article L. 466-1 du Code de commerce).

Or, l'entreprise sanctionnée par une autorité de concurrence est susceptible de réunir la filiale auteure de la pratique et sa société mère du seul fait de l'existence de liens structurels entre ces deux sociétés par le jeu de présomption en pratique irréfragable et ce, même s'il est établi que la société mère n'a en aucun cas contribué elle-même à la pratique sanctionnée ni instruit sa filiale en ce sens.

Dès lors, *s'il était adopté* et si le juge décidait de recourir à la notion d'entreprise telle que définie en droit de la concurrence, cet article pourrait créer une nouvelle forme de responsabilité du fait d'autrui. En droit civil positif, le principe d'autonomie des personnes morales, souligné par l'article 1842 du Code civil, prévaut et une personne morale n'encourt de responsabilité sur le fondement de l'article 1240 du Code civil que de son fait personnel (par exemple, le fait pour une société mère d'ordonner à sa filiale de commettre le fait dommageable).

S'il revient aux autorités de concurrence de calculer une sanction contre une pratique anticoncurrentielle, cette décision ne doit pas servir de base au calcul du préjudice civil. Elles sanctionnent l'atteinte portée à l'intérêt public économique dans son ensemble, indépendamment des préjudices particuliers qui relèvent de la compétence du juge civil.

Une application étendue par le juge civil du recours à la notion d'entreprise au sens du droit de la concurrence, non définie, n'est pas souhaitable en ce qu'elle porterait atteinte, en l'occurrence, au principe constitutionnel de la responsabilité personnelle.

Le niveau de sanctions

Le progressif transfert des autorités publiques vers d'autres acteurs (privés) de leurs traditionnelles missions de contrôle se traduit par un possible cumul d'amendes, résultant de la double approche concurrence et civile, à régler par les entreprises reconnues coupables de PAC.

Il ne s'agit pas, ici, de nier la nécessité de sanctionner mais bien plutôt de réfléchir à une approche globalisée afin que la sanction soit à la fois mieux ciblée et plus réaliste et que soit respectée la règle du « non bis in idem ».

Divers facteurs récents accroissent en effet sensiblement le niveau des amendes susceptibles d'être payées par les entreprises :

- Les **actions en responsabilité civile (actions de groupe)** étant appelées à se développer en se fondant principalement sur une décision de sanction prononcée par l'ADLC (principe du *follow on*), il est souhaitable de réfléchir à l'articulation à mettre en place au regard du montant d'amendes cumulées réclamé aux entreprises :

- le montant des **sanctions administratives devrait intégrer le principe de réparations ultérieures ordonnées par le juge civil ; ce montant devrait alors être abaissé en conséquence pour éviter de punir deux fois l'entreprise pour la même faute et d'atteindre des niveaux de sanction susceptibles de la fragiliser ;**

- l'amende administrative étant cependant généralement prononcée avant que le juge ne statue sur les intérêts civils, le juge civil pourrait tenir compte de la sanction prononcée par l'ADLC, voire de ses effets, par exemple de la bonne exécution des engagements pris¹⁴¹. Sans cette prise en compte de montants considérables réclamés aux entreprises, n'y a-t-il pas un risque d'atteinte des principes constitutionnels de nécessité et de proportionnalité des peines ? Ces principes s'appliquent en matière pénale mais la jurisprudence

(141) En ce sens, v. par exemple l'art. 1249 du Code civil, concernant la réparation du préjudice écologique : « L'évaluation du préjudice tient compte, le cas échéant, des mesures de réparation déjà intervenues, en particulier dans le cadre de la mise en œuvre du titre VI du livre 1^{er} du Code de l'environnement » (C'est-à-dire dans le cadre de la police administrative de la réparation des atteintes à l'environnement).

considère que la matière pénale englobe toutes les sanctions – même formellement civiles ou administratives – ayant le caractère d’une punition.

Or l’on s’oriente vers le développement des amendes civiles, et donc vers le renforcement de la fonction punitive de la responsabilité civile (cf. par ex. art. 1266 de l’avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 29 avril 2016). La responsabilité civile prend ainsi une coloration substantiellement pénale au travers des lourdes peines prononcées.

- La mise en place d’un fonds de financement aggrave potentiellement le niveau des sanctions

L’article L. 464-5-1 (loi du 3 juin 2016 contre le crime organisé) prévoit ainsi une disposition pour financer l’aide aux victimes. L’ADLC peut majorer ses sanctions (ententes, mesures conservatoires, injonctions, etc.) dans la limite de 10 % de leur montant.

Proposition : si la création de ce fonds ne peut être remise en cause, le **plafond de la majoration pourrait être revu à la baisse et son champ d’application circonscrit aux seules ententes.**

Interrogations

Le règlement 1/2003 ne contient pas de règle « *non bis in idem* » pour coordonner les actions intentées contre les auteurs de PAC dans les différents États membres.

Les autorités nationales de concurrence font preuve d’une certaine vigilance afin d’éviter les incohérences, comme en témoigne le retrait, par le ministre de l’Économie, de sa saisine dans l’affaire des cartels des vitamines, moins d’une semaine après la condamnation, par la Commission européenne, de ces pratiques (Décis. N° 2003/2 de la Commission, 21 nov. 2001, JOCE, no L 6, 10 janv. 2003).

Mais ne gagnerait-on pas à l’établissement d’un cadre ? Une initiative française pourrait constituer un premier pas en ce sens.

2) Caractéristiques communes au traitement des ententes et des opérations de concentration

Un manque de visibilité

La **notion de complétude** des dossiers d'opération de concentration soumis à l'ADLC et les conditions de **d'élaboration des ordonnances du juge des libertés et de la détention (JLD)** autorisant les perquisitions des autorités administratives illustrent cette absence de visibilité, dommageable pour le déroulé des opérations de concentration.

- L'Autorité de la concurrence n'est tenue par aucun délai pour se **prononcer sur la complétude de la notification** mentionnée à l'article L. 430-5-1 du Code de commerce. Les entreprises se trouvent ainsi dans une situation d'incertitude importante puisqu'elles ne peuvent pas anticiper la date *effective* d'expiration du délai d'examen de leur dossier.

Un tel délai mériterait d'être précisé dans le Code de commerce en distinguant les modalités selon la complexité des opérations et en tenant compte, le cas échéant, du dépôt par les entreprises d'une prénotification détaillée.

- Les perquisitions (visites et saisies) effectuées par les enquêteurs de l'administration de la concurrence, doivent avoir été préalablement autorisées par le **juge des libertés et de la détention** (« JLD ») selon l'article L. 450-4 du Code de commerce. En la matière, les entreprises constatent que les magistrats ont rarement le temps de considérer matériellement la pertinence des indices permettant de **présumer l'existence des pratiques dont la preuve est recherchée**. En pratique, l'Administration préredige un projet d'ordonnance d'autorisation de visite et saisie (« OVS ») que le JLD entérine en bloc. La pratique des ordonnances préredigées est largement admise par la Cour de cassation alors qu'il en ressort des **demandes d'autorisation peu motivées**, voire stéréotypées, dont la contestation est peu efficace. En effet, ce manque de motivation complexifie les recours qui s'appuient sur des arguments ou faits vagues, permettant d'englober des situations générales, peu en lien avec les agissements présumés ; en outre, cette contestation

ne peut s'exercer que dans un délai de 10 jours à compter de la notification de l'ordonnance, en pratique post-perquisition au cours de laquelle est atteinte l'image de l'entreprise sur laquelle portent de simples présomptions.

Les entreprises préconisent de restaurer l'autonomie du juge par rapport à l'Administration en interdisant, par exemple, la pratique des ordonnances préédigées ; le juge devrait en effet pouvoir procéder à un contrôle effectif de la justification de l'OVS. L'article L. 450-4 ne prévoit à ce jour aucun délai entre la présentation de la requête par l'Administration et le prononcé de la décision : il conviendrait sans doute de prévoir un délai raisonnable permettant au juge d'exercer un contrôle effectif.

Une maîtrise incertaine du facteur « temps »

Alors que le facteur temps est essentiel dans la vie des affaires, particulièrement pour des opérations courantes de concentrations, les entreprises déplorent le décalage existant souvent avec les délais imposés par les autorités de concurrence.

- La **difficulté à maîtriser la complétude** d'un dossier, mentionnée *supra*, génère des délais incontrôlables alors même que de nombreux autres paramètres liés aux opérations de concentration imposent des calendriers précis (par exemple, obligations pour des entreprises cotées de fournir des informations aux marchés, AG des actionnaires).
- Les **délais d'instructions** menées dans le cadre d'ententes présumées se révèlent souvent très/trop longs : il n'est pas rare que les entreprises demeurent sans nouvelle de leur dossier pendant... plusieurs années, ce qui peut en outre entraîner le risque que les auteurs de documents saisis ne soient plus là pour leur donner tout leur sens. L'entreprise est alors confrontée à la difficulté de ne pas pouvoir recueillir d'éventuels témoignages ou preuves à décharge. La condamnation de structures ayant disparu (évolution rapide du modèle économique) a pu être également constatée. Outre l'incertitude juridique liée à cette absence de communication de la part des autorités de concurrence, ces délais supposent souvent pour parer à toute éventualité le provisionnement de sommes considérables qui pourraient être mieux employées dans ce laps de temps.

Même s'il apparaît délicat – compte tenu, par exemple, de la complexité géographique de certaines ententes – de contraindre l'Administration à accélérer ses enquêtes ou tout du moins à les délimiter dans le temps, les entreprises souhaiteraient a minima une **obligation d'information à leur endroit pendant la phase d'instruction**. Légiférer sur un délai raisonnable ou une fourchette de durée de la phase d'enquête pourrait ainsi être une piste à explorer. En effet, l'article L. 463-1 pose le principe du contradictoire en ne distinguant pas instruction et procédure. Or, dans les faits, le principe du contradictoire n'est respecté qu'à compter de la notification des griefs.

La réduction de la durée des instructions pourrait également se traduire par l'adoption par l'ADLC de la pratique de la Commission qui **ne saisit pas l'intégralité des messageries** : cela allégerait considérablement la masse documentaire à traiter pendant la phase d'instruction.

Mesurer l'impact de certaines opérations avec de nouveaux critères

L'intégration **d'autres facteurs que les critères strictement économiques** prévus par le droit de la concurrence permettrait d'évaluer l'impact de certaines pratiques/opérations.

Si des bénéfices non économiques ont pu être retenus par la Commission européenne aux fins d'apprécier la compatibilité d'accords horizontaux avec l'article 101 §3 du TFUE et par le Conseil de la concurrence, ces décisions sont anciennes et restent rares.

Il serait sans doute opportun de prendre en compte des facteurs non économiques tels que, par exemple, les facteurs hygiène, sécurité, environnement (« HSE »), comme la préservation de l'environnement, pour évaluer les effets proconcurrentiels de partenariats entre concurrents ou d'opérations de concentration.

3) Les modalités de calcul concernant les retards en matière de délais de paiement

La loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (« Sapin II ») a considérablement renforcé le dispositif des sanctions lorsque des retards sont constatés en matière de délais de paiement. En particulier, le plafond de l'amende administrative applicable aux personnes morales passe de 375 000 € à 2 millions d'euros.

Les entreprises sont particulièrement préoccupées de l'absence de critères permettant de déterminer de manière objective le non-respect de ces délais.

Il ne s'agit pas, ici, de contester le montant de cette amende en tant que tel mais bien plutôt l'absence de méthodologie dans son calcul lors des contrôles réalisés par la DGCCRF ou ses délégations régionales, les DIRRECTE.

À ce titre, les entreprises souhaiteraient que **l'amende prenne explicitement en compte l'existence ou non de litiges en cours, les délais moyens de paiement, les outils mis en place au sein des entreprises pour assurer le suivi et le respect des délais de paiement et que la décision du prononcé de l'amende soit clairement motivée.**

3.7 AFJE, Association française des juristes d'entreprise – Commission Concurrence

Le texte fondateur du droit français de la concurrence a tout juste 30 ans et si l'objectif initial était la libéralisation des prix et le contrôle des abus qui pourraient mettre à mal cette libéralisation, la multiplication des textes législatifs (pas moins de 10 lois sur la transparence tarifaire en 25 ans, par exemple) rend la matière touffue et souvent imprévisible pour les entreprises, aussi bien en ce qui concerne le droit des pratiques anticoncurrentielles (PAC) qu'en droit des concentrations ou en droit des pratiques restrictives de concurrence (PRC).

Il serait temps de consolider les textes, de simplifier le fond et la forme. Quelques pistes de réflexion :

1 / Droit des pratiques anticoncurrentielles

1.1 Durée et encadrement de la procédure contentieuse

Les délais d'instruction des affaires augmentent sensiblement au fur et à mesure que les pratiques anticoncurrentielles sont de plus en plus difficiles à déceler. Certains dossiers s'éternisent (l'affaire des vedettes vendéennes a déjà 15 ans et n'est pas encore passée en force de chose jugée. La dernière affaire Ciments démarrée en 2008 s'est conclue par une absence de poursuite après 7 ans d'instruction). Or, il y a un décalage important entre ce temps d'instruction et le temps judiciaire. Alors que la procédure d'une notification de concentration est très contrainte, pour des raisons évidentes, celle des PAC est non bornée, alors même qu'il n'est pas plus facile en matière de concentration d'identifier les problèmes de dominance, de trouver des solutions et de mettre en œuvre les remèdes. Pour les dossiers contentieux, il conviendrait de réduire et d'encadrer la procédure d'instruction.

Comment, en pratique, va s'articuler le contentieux de la réparation, les actions civiles, s'il faut examiner des faits qui datent de 10 ans en arrière et en déduire un préjudice ?

Une solution pourrait résider dans la mise en place de « contrat de procédure ». L'enquête serait encadrée dans un planning prédéterminé entre les parties prenantes et l'Autorité. Cela éviterait des contentieux en annulation de l'enquête comme cela fut le cas en 2016 devant le TUE dans une affaire Ciments à la suite des errements des enquêteurs.

1.2 Pourquoi instruire plutôt que transiger ?

Il nous apparaît qu'il manque aux praticiens un mode d'emploi des différentes options de la stratégie procédurale.

En effet, l'Autorité possède désormais tout un arsenal de moyens à sa disposition : transaction, négociation, sanctions administratives, calcul de la sanction, etc., et il est difficile de prévoir pourquoi l'autorité privilégie en phase d'instruction telle option plutôt que telle autre.

Les entreprises auraient besoin de comprendre, dans un souci de prévisibilité, quels sont les fondements de la politique de concurrence qui est appliquée.

1.3 Revenir aux fondamentaux : le droit à la concurrence

Dans les secteurs dérégulés, mais pas seulement, le droit de la concurrence a été détourné de son objet par les mavericks et il est devenu au fil des années un outil offensif, qui peut être utilisé à des fins stratégiques sur les marchés.

Par exemple, les nouveaux entrants des télécoms ont très bien su utiliser l'ensemble du droit de la concurrence et de la régulation sectorielle pour imposer un véritable carcan à l'opérateur en place et gagner ainsi leurs propres marges de manœuvre.

Une vraie libéralisation du marché consiste à s'assurer que la concurrence joue également au bénéfice des consommateurs et de la liberté des prix, et non seulement des opérateurs plus offensifs.

Cette évolution est allée de pair avec la diminution de la prise en compte

du comportement. En effet, l'infraction initiale comportait un élément intentionnel (la concurrence faussée était « déloyale »). Or, celui-ci a fini par être gommé par la seule recherche d'un effet anticoncurrentiel, puis finalement par l'infraction par objet. On assiste dans des décisions récentes, au niveau de la Commission, à un certain retour de l'effet sur l'objet (Affaire Post Danmark II, par exemple). S'il fallait remettre en chantier le droit de la concurrence en France, il y aurait lieu de réintroduire la condition de comportement et en finir avec ces infractions impossibles à identifier que sont le parallélisme de comportement ou l'application de remèdes structureaux avant toute infraction qui reviennent à une planification des marchés (cf. CMA dans le dossier Ciments).

Réintroduire l'élément intentionnel, revient aussi à apprécier la part de chaque acteur dans une entente. Il y a souvent ceux qui l'ont instituée par intérêt et ceux qui suivent. Ce n'est pas toujours les titulaires des plus grosses parts de marché (qui auront les plus grosses sanctions) qui ont un intérêt à plus de transparence. Il y aurait ainsi lieu de définir une notion de « contributeur substantiel » à l'entente.

1.4 L'appauvrissement du droit de la concurrence par les nouveaux outils procéduraux

La non-contestation des griefs et la transaction sont deux mécanismes qui ont appauvri la pratique décisionnelle. La recherche de la preuve, les questions juridiques de principe, s'effacent et le débat ne porte plus que sur le niveau et le mode de calcul de l'amende (c'est ce que le professeur Laurence Idot appelle « l'amendologie »). Le centre de gravité de l'Autorité s'est ainsi déplacé du collège vers les services d'instruction qui sont en charge de la négociation. Le collège voit *in fine* son rôle réduit à celui d'une chambre d'enregistrement de l'accord négocié.

1.5 Calcul de la sanction et dommage à l'économie

Un cartel qui fonctionne bien ne se voit pas. C'est l'instabilité et donc le dysfonctionnement du cartel qui entraînera sa découverte et sa sanction. La sanction tient compte de la difficulté de détection alors que ce sont les cartels déjà en voie de repentir ou de dysfonctionnement qui paient pour les autres.

Cet état de fait paraît être une anomalie du système de calcul de la sanction, notamment de la prise en compte du dommage à l'économie, critère qui n'est ni la réparation du dommage au consommateur ni une simple sanction administrative issue d'un barème mais un mixte incompréhensible, qui n'existe qu'en France. Ce paramètre oblige les économistes à faire des projections hasardeuses (le contrefactuel) donc imprévisibles pour l'Entreprise, et cela accroît sensiblement l'insécurité pour les acteurs du marché, en même temps qu'il entraîne une inflation du niveau de sanction.

1.6 Adapter le DPA à la nouvelle économie

Les textes actuels ne nous paraissent pas adaptés aux marchés bifaces, notamment pour la notion de prix prédateurs. (Puisqu'il faudrait appréhender l'autre face du marché pour apprécier la nature de l'infraction.)

2/ Le droit des concentrations

2.1 Concurrence et protectionnisme

Le droit actuel des concentrations manque d'outils efficaces pour lutter contre la concurrence déloyale des acteurs étrangers non européens, de ce fait non soumis aux mêmes règles de concurrence (exemple des prises de participations minoritaires hors UE dans certains secteurs d'activité stratégique par les Chinois ou les Qataris).

Dans un même ordre d'idée, le non-respect des normes de sécurité et de qualité par des opérateurs étrangers fausse la concurrence.

Aux distorsions de concurrence par les normes, les Autorités de concurrence répondent par des sanctions sur les membres des organismes de production ou de contrôle de ces normes dans lesquels figurent nécessairement les acteurs du marché et producteur concernés (cf. Affaire Febelcem en Belgique, enquêtes Afnor en France).

2.2 Concurrence et protection des secteurs en danger (filières agricoles, etc.)

2.3 La simplification de la procédure de notification

Des tentatives ont été faites tant en France qu'à Bruxelles pour simplifier le droit des concentrations et permettre aux Autorités de contrôler ce qui est vraiment de nature à impacter le marché pertinent.

Or les entreprises constatent que la procédure simplifiée n'a de simplifiée que le nom.

2.4 Remèdes et contrôle du marché

La notion, contrôlée par le Conseil d'État, du maintien d'une concurrence suffisante conduit parfois à utiliser les remèdes en condition préalable (fix it first). L'entreprise présente les difficultés générées par l'opération de concentration et ses remèdes, c'est-à-dire les désinvestissements qui seront nécessaires à maintenir une concurrence suffisante, gardant ainsi la maîtrise des structures du marché. Autrement dit, est-ce que le fix it first fait préjudice aux concurrents du marché qui n'ont pas été choisis pour les désinvestissements ?

2.5 La définition du marché de produit et du marché pertinent doit suivre l'évolution de l'économie

Les textes actuels ne sont pas adaptés à la nouvelle économie pour les plateformes numériques. La compétence territoriale de l'Autorité est-elle en adéquation avec la place de marché par essence transfrontalière ?

3/ Droit des pratiques restrictives

3.1 *Simplifier et unifier les textes*

Le droit français des pratiques restrictives est pour le moins hétérogène. Loi de 1992, loi Sapin, loi Galland, NRE, Dutreil, Chatel, LME, Hamon, Macron ! pas moins de 10 textes en 25 ans. La liste des pratiques restrictives dans les contrats de distribution initialement au nombre de 6 sont actuellement de 25 dont certains cas n'ont donné lieu à aucune jurisprudence.

Ainsi, si les dispositions relatives à la rupture brutale des relations commerciales établies (L. 442-6 I 5°) ont été largement plébiscitées par les opérateurs économiques, d'autres n'ont jamais trouvé application, comme l'abus de dépendance économique.

Il nous apparaît qu'une unification des textes serait nécessaire pour le droit de la consommation, le droit des pratiques restrictives, le droit des pratiques abusives et qu'il serait sans doute plus pertinent de chercher à qualifier des comportements plutôt que d'empiler les pratiques. L'on retrouve ainsi des terminologies identiques dans le droit de la consommation et le droit des contrats, comme le « déséquilibre significatif » (article L. 132-1 du Code de la consommation, L. 442-6 I 2° du Code de commerce et 1171 du Code civil), qui ne recouvrent pas des réalités identiques dans les deux textes. Si les juridictions en font des applications différentes, à raison, cependant cela crée de l'insécurité juridique pour les opérateurs économiques. À tout le moins, des guides ou circulaires permettant une transparence sur l'appréciation que les autorités vont en faire permettraient de limiter une telle insécurité.

De plus, beaucoup de ces dispositions ont été adoptées pour lutter contre les pratiques de la grande distribution, mais se trouvent de facto applicables à tous les secteurs du fait de leur positionnement dans le code de commerce. Or, cela crée de la complexité dans certains domaines où de telles règles contraignantes n'étaient pas nécessaires. Une simplification sur ce point serait la bienvenue.

3.2 Assurer de l'effectivité

Force est de constater que toutes les modifications, ajouts, etc., réalisés dans le but de rétablir l'équilibre des relations commerciales n'ont guère eu d'effet. En effet, si les articles L. 441-6 et suivants du Code de commerce ont permis d'éviter certaines dérives, force est de constater qu'elles n'ont pas abouti à l'objectif visé.

Ainsi, les opérateurs ont modifié la forme des conventions annuelles pour leur donner le lustre de l'accord et de la négociation, mais sans que la réalité ne change. Par exemple, les conventions annuelles proposées par la grande distribution demeurent présentées comme « non modifiables » et transmises en PDF pour signature, obligeant les cocontractants à développer des pratiques juridiquement incertaines comme la lettre de réserve pour tenter de se protéger des clauses les plus déséquilibrées.

Le constat est que, aujourd'hui, ce qui fait changer les pratiques dans ces secteurs, c'est la sanction par les autorités et le prononcé d'amendes. L'arrêt Galec a ainsi permis d'améliorer le quotidien des producteurs, soit des années après l'adoption des dispositions législatives.

Dès lors que les opérateurs n'iront que rarement poursuivre l'un de leur cocontractant dont le circuit de distribution est fondamental pour leur développement, tout repose sur les épaules des autorités administratives et judiciaires. L'effectivité des dispositions sur les pratiques restrictives de concurrence repose donc plus sur les moyens mis par le Gouvernement dans les enquêtes que dans l'addition de normes.

3.8 Observations de l'APDC, Association des avocats pratiquant le droit de la concurrence, sur la procédure de « transaction » instituée par la Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques

La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (« loi Macron », article 218 I) a modifié l'article L. 464-2 III du Code de commerce, en instituant, en lieu et place de l'ancienne procédure de non-contestation de griefs, une procédure de transaction qui soulève de très nombreuses interrogations quant à son application, dès lors que les textes et grands principes qui gouvernent les procédures¹⁴² restent bien entendu applicables.

L'article 218 II de la loi prévoit que ce nouveau dispositif « est applicable aux procédures pour lesquelles les griefs ont été notifiés [...] après la publication de la présente loi ».

Les premières indications communiquées par la rapporteure générale lors du colloque de l'APDC, depuis confirmées lors d'échanges informels, montrent que l'Autorité entend traiter ce nouveau dispositif comme une procédure accélérée avec des droits amenuisés (pour les entreprises mises en cause, qui laisse également peu de place aux plaignants et à l'ensemble des autres acteurs...) et des pouvoirs considérablement renforcés pour le rapporteur général.

L'examen attentif du nouveau dispositif montre la multitude de questions qui se posent et sans la résolution desquelles le nouveau dispositif pourrait ne pas trouver d'écho suffisamment favorable auprès des entreprises. On ne peut pas attendre, compte tenu des enjeux pour les affaires en

(142) Et notamment le contradictoire/droits de la défense, le délai de deux mois pour répondre à la notification de griefs (L. 463-2 du Code de commerce), l'obligation de motivation de chaque sanction (L. 464-2 I du Code de commerce), les déterminants de la sanction : évaluation de l'importance du dommage à l'économie (L. 464-2 I du Code de commerce), le texte sur la clémence (discussion sur les éléments sur lesquels porte la fourchette des demandeurs de clémence) (L. 464-2 IV du Code de commerce), les textes sur les autres acteurs (commissaire du Gouvernement, conseiller auditeur, autres AAI), une séance unique et le recours (L. 464-8 du Code de commerce).

cours, l'adoption d'un communiqué de procédure, annoncé pour le second semestre de cette année par l'Autorité de la concurrence, afin d'avoir des réponses à ces questions.

Le présent document expose, dans ces conditions, les observations que ce nouveau dispositif suscite auprès de l'APDC, d'une part, s'agissant de l'article L. 464-2 III du Code de commerce (modifié par l'article 218 I de la loi Macron) **(I)**, et d'autre part, de son application dans le temps (article 218 II de la loi) **(II)**.

Il a été rédigé par 7 groupes de travail¹⁴³, qui se sont réunis à quatre reprises (17 novembre, 10 et 21 décembre 2015 et 14 janvier 2016), sous la coordination de Lorraine Donnedieu de Vabres-Tranié.

(143) Phase exploratoire en vue de la transaction et « State of play meeting » (groupe 1) et contenu de la notification de griefs/déterminants sur la sanction (groupe 2) (les groupes 1 et 2 ont fusionné) : composition des groupes : Leyla Djavadi, Valérie Ledoux, Emmanuel Reille, Robert Saint-Esteben, Charlotte Tasso-de Panafieu, Mélanie Thill Tayara, Faustine Viala, Virginie Viallard ; organisateurs des réunions de travail des groupes : Charlotte Tasso de Panafieu et Emmanuel Reille.

Engagement de la procédure de transaction post Notification de griefs (groupe 3) ; composition du groupe : Laurence Borrel-Prat, Leyla Djavadi, Lorraine Donnedieu de Vabres-Tranié, Laëtitia Gavoty Tolot, Philippe Guibert, François-Charles Laprêvotte, Robert Saint-Esteben, Charlotte Tasso-de Panafieu, Mélanie Thill Tayara, Florent Vever ; organisateurs des réunions de travail du groupe : Lorraine Donnedieu de Vabres-Tranié, Philippe Guibert, Laëtitia Gavoty Tolot, Florent Vever ;

Application de la loi dans le temps (groupe 4) ; composition du groupe : Lorraine Donnedieu de Vabres-Tranié, Laëtitia Gavoty Tolot, Philippe Guibert, Florent Vever ; organisateurs des réunions de travail du groupe : Lorraine Donnedieu de Vabres-Tranié, Florent Vever ;

Le sort des entreprises (pour lesquelles la transaction a échoué) qui décident ou non de contester (groupe 5) ; composition du groupe : Julie Catala Marty, Laëtitia Gavoty Tolot, Philippe Guibert, Emmanuel Reille, Mélanie Thill Tayara, Jean-Paul Tran Thiet, Virginie Viallard ; organisateur des réunions de travail du groupe : Mélanie Thill Tayara ;

La décision : place du collège dans la procédure de transaction, contenu, motivation de la/les décision(s), interaction procédures indemnitaires (groupe 6) ; composition du groupe : Valérie Ledoux, Bastien Thomas, Robert Saint-Esteben, Marie de Drouâs, Thomas Elkins ; organisateur des réunions de travail du groupe : Valérie Ledoux.

Le recours (groupe 7) ; composition du groupe : Faustine Viala.

I. OBSERVATIONS DE L'APDC SUR L'ARTICLE L. 464-2 III DU CODE DE COMMERCE (MODIFIÉ PAR L'ARTICLE 218 I DE LA LOI MACRON)

Les observations porteront sur le déroulement de la procédure applicable aux entreprises qui font le choix de la procédure de transaction **(A)** ; le cas des entreprises qui contestent les griefs ou qui n'acceptent pas la transaction sera examiné par voie de conséquence **(B)**.

A. Le déroulement de la procédure applicable aux entreprises qui font le choix de la procédure de transaction

Le présent document expose les différentes questions soulevées par la nouvelle procédure de transaction **(1)**, au stade exploratoire en vue de la transaction et du *State of play meeting* **(a)**, sur le contenu la Notification de griefs **(b)**, au stade de la phase post Notification de griefs **(c)**, sur la période séparant le procès-verbal de non-contestation de griefs avec transaction et la séance **(d)**, et sur la décision **(e)**.

Le principe du recours ne serait, quant à lui, être remis en cause par cette nouvelle procédure **(2)**.

1. Les différentes questions soulevées par la nouvelle procédure de transaction

a) *La phase exploratoire en vue de la transaction et le State of play meeting jusqu'à l'envoi de la Notification de griefs*

i) *Avant le SOP*

Questions sur l'« **éligibilité** » à la transaction, i.e. les affaires qui « se prêtent » à transaction :

- Qui l'envisage et à quel moment ?
- Quelle information en est donnée au plaignant ?
- Dans l'hypothèse d'une entente, la procédure sera-t-elle proposée à toutes les parties ?

Questions sur **la valeur des ventes** :

- Quand sera-t-il adressé ?
- Le sera-t-il avant le SOP ?
- Dans cette dernière hypothèse, comment discuter de la valeur des ventes sans connaître les griefs alors que la valeur des ventes retenue dépend du périmètre des griefs retenus ?

ii) *Le SOP* :

Questions sur le **calendrier** envisagé :

- Dans les cas d'entente, y a-t-il une convocation individuelle ou une convocation collective des entreprises impliquées ?
- Y aura-t-il une convocation systématique du *State of play meeting*, y compris dans les cas que les services d'instruction ne considéraient pas comme éligibles à la transaction ?
- Quid en cas de demande cumulative de clémence ?
- Peut-il y avoir plusieurs SOP ?

Questions sur le **contenu** du SOP :

- Est-ce que le SOP est un rendez-vous de présentation du contenu définitif de la Notification de griefs ou existe-t-il une possibilité de discussion entre les entreprises et les services d'instruction de l'Autorité lors de ce SOP ? Certaines entreprises pourraient en effet être hostiles par principe à une transaction qui retiendrait certains griefs. Dans l'hypothèse où il n'y aurait pas de discussions, quelle serait l'incitation à transiger ?
- De même, pourra-t-on discuter de la durée de la pratique sur laquelle un désaccord peut apparaître dès le SOP et qui pourrait, vu son incidence sur la sanction, dissuader de la transaction ?
- L'Autorité pourrait-elle envisager un *modus operandi* similaire à la procédure informelle de pré-notification applicable en matière de contrôle des concentrations, c'est-à-dire **la communication aux entreprises d'un projet de Notification de griefs le plus abouti**

possible en amont de la Notification de griefs, afin de leur laisser le temps de répondre à celle-ci ?

- Les services d'instruction entendent-ils donner accès à quelques pièces du dossier ? Comment discuter de la Notification de griefs si on n'a pas accès aux pièces ?

iii) Après le SOP :

Questions sur les **déterminants de la sanction**, autre que le nombre de griefs et la durée :

- Y aura-t-il communication d'un document contenant les déterminants de la sanction, autre que le nombre de griefs et la durée ?¹⁴⁴
- Sinon, comment les services d'instruction communiqueront-ils ces déterminants aux entreprises ?

Questions sur la **durée de la période** séparant le SOP de l'envoi de la Notification de griefs :

- Les discussions peuvent-elles commencer dans cette période ?
- Quel temps supplémentaire est imparti pour effectuer le travail de liaison avec les maisons mères étrangères ?

(144) Le communiqué de la Commission européenne (la « Commission ») de 2008 indique notamment (Considérant 15) qu'il existe une marge d'appréciation de la Commission pour communiquer aux parties les preuves et le montant potentiel de l'amende. Par ailleurs, ledit communiqué (Cons. 16) permet aux parties d'être informées des éléments essentiels pris en considération (faits, qualification, gravité, durée, estimation des fourchettes d'amendes probables etc.). L'article 10.2 prévoit également la possibilité pour la Commission d'informer les parties à une entente des griefs, preuves et fourchettes des amendes.

b) Le contenu de la Notification de griefs¹⁴⁵

On ne peut pas raisonner comme en procédure de non-contestation de griefs, où la discussion sur les déterminants de la sanction est postérieure au procès-verbal de non-contestation dès lors que, dans le cadre de la transaction, cette discussion est antérieure au procès-verbal de non-contestation :

- Des informations sur les autres déterminants de la sanction que le nombre de griefs et la durée des pratiques seront-elles communiquées dans la Notification de griefs ?
- La Notification de griefs contiendra-t-elle les réponses des entreprises au questionnaire sur la valeur des ventes et une analyse de celle-ci par les services d’instruction ?

c) La phase post Notification de griefs en vue de la transaction

i) L'accord sur l'entrée en transaction

Quel délai (et quelle forme) pour signifier la volonté d'entrer ou non en transaction ?

Si la procédure suit son cours normal et que les entreprises disposent de 2 mois uniquement pour répondre à la Notification de griefs, **la volonté d'entrer en transaction doit être signifiée quelques semaines après la réception de la Notification de griefs**. Le délai de transaction est alors extrêmement court (2 ou 3 semaines maximum ?) si l'entreprise doit mener parallèlement la défense au fond et les discussions sur la fourchette de la sanction (cf. infra vi). Peut-on envisager, dans ces conditions, une prorogation du délai de 2 mois, et si oui, jusqu'à quand ?

(145) Au niveau communautaire :

- possibilité de formuler une proposition de transaction avant la Notification de griefs, ce qui permet à la Commission de tenir compte du point de vue des parties dès la rédaction de la Notification de griefs,
- les parties peuvent répondre à certains points de la Notification de griefs.

ii) Le contenu de la réunion post Notification de griefs

La question se pose de savoir comment se déroulera le processus d'élaboration de la transaction et la part que les entreprises pourront prendre dans ce processus, plus précisément :

Plusieurs réunions sont-elles possibles ?

Lors de la (première) réunion post Notification de griefs, l'analyse par le rapporteur général des **critères communs** (gravité et dommage à l'économie) sera-t-elle communiquée aux parties et **sous quelle forme ?** Comment seront-ils discutés avec les parties, étant exposé qu'une analyse différenciée n'est pas possible ?

Quelle sera la place de **l'analyse économique** dans les procédures de transaction (cf. critère légal du dommage à l'économie) ?

Comment et quand le rapporteur général intégrera-t-il dans sa proposition des **éléments d'individualisation** (comme les circonstances atténuantes et aggravantes, l'entreprise monoproduit, capacité contributive de l'entreprise, etc.) ?

Comment s'articulent dans le temps la proposition de transaction et **la discussion sur les engagements ?**

Quelle **méthode** sera utilisée pour calculer **la fourchette**, étant précisé que le communiqué de l'Autorité relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires permet, lui, de fixer un montant ? Les différentes étapes de calcul de la sanction seront-elles détaillées (avec la détermination d'un montant de base tenant compte d'une valeur des ventes et d'un pourcentage de gravité, puis celle d'un montant final après individualisation, prenant en compte notamment un éventuel pourcentage d'aggravation lié à la réitération, ou de réduction lié la non-contestation), comme c'est le cas avec ce communiqué ?

L'entreprise pourra-t-elle alors **discuter par écrit** les éléments portés à sa connaissance et justifiant la fourchette ?

Quelle est **l'articulation avec la procédure de clémence ?** La réduction de l'amende qui est accordée à une entreprise au titre de la transac-

tion s'ajoutera-t-elle bien au montant de la récompense accordée au titre de la clémence ? Dans ce cas, y aura-t-il, pour les demandeurs en clémence, une décomposition du calcul ?

iii) L'accord sur la proposition de transaction

La question porte sur la **forme** et le **contenu** de l'accord. Nous comprenons qu'il y aura un procès-verbal de non-contestation de griefs comportant un accord sur la proposition de transaction et éventuellement des engagements.

L'accord contenu dans le procès-verbal de non-contestation ne portera-t-il que sur la **proposition chiffrée** de transaction ou également sur la motivation de cette proposition, qui figurera dans la décision et qui ne pourra pas ne pas avoir fait l'objet d'un débat ?

Les entreprises n'ayant pas vocation à reconnaître « *en termes clairs et sans équivoque... leur responsabilité* » comme au niveau européen, **comment les entreprises seront-elles assurées que leur accord à la transaction ne vaudra pas reconnaissance de responsabilité ?**

iv) Les interlocuteurs de la procédure de transaction autres que le rapport général/ les rapporteurs généraux adjoints

Comment le **conseiller auditeur** sera-t-il associé à cette procédure ?

Le rapporteur général va-t-il mobiliser **les services économiques** pour le calcul de la fourchette ?

Quand et comment **le commissaire du Gouvernement** sera-t-il intégré dans cette procédure ?

v) La confidentialité de la procédure de transaction

Quand, comment et sous quelle forme **les déterminants communs de la sanction** à toutes les entreprises seront-ils communiqués ?

À quel moment les autres entreprises poursuivies auront-elles connaissance **de ce qu'une ou plusieurs autres ont transigé** ?

Quelles seront les informations communiquées dans la **décision publique** (donnant ainsi de la matière à une éventuelle action civile) ?

vi) Les délais encadrant la procédure de transaction : suffisamment longs pour permettre aux entreprises de faire un choix éclairé, et suffisamment courts pour présenter un avantage

Le rapporteur général fixera-t-il des **délais identiques** pour l'ensemble des entreprises impliquées par une transaction ?

Le texte prévoyant que l'entreprise donne son accord à la proposition de transaction « dans un délai fixé par le rapporteur général », le rapporteur général fixera-t-il un délai permettant, en cas d'échec à la transaction, à l'entreprise de **pouvoir répondre à la Notification de griefs** ?

d) La phase entre le procès-verbal de non-contestation de griefs, incluant l'accord sur la proposition de transaction, et la séance

La communication au commissaire du Gouvernement et aux parties, avant la séance, des procès-verbaux de non-contestation de griefs, incluant l'accord sur la proposition de transaction, sera-t-elle, et dans quel délai, accompagnée d'**un document des services d'instruction récapitulatif des déterminants de la sanction**, de telle sorte qu'ils puissent faire des observations ?

Sinon, quand et comment le commissaire du Gouvernement et les entreprises pourront-ils faire valoir par écrit leurs observations ?

Quid des **éléments nouveaux** (notamment capacité contributive) survenus entre l'accord à la proposition de transaction et la séance ? L'entreprise devrait pouvoir les invoquer, et le Collège devrait pouvoir les prendre en compte à leur juste « valeur », y compris si cela amène à un niveau de sanction inférieur au bas de la fourchette.

e) La décision : place du collègue dans la procédure de transaction, contenu, motivation de la/les décision(s), interaction procédures indemnitaires

i) Place du Collège dans la procédure de transaction

La séance devant le Collège devra permettre à l'entreprise qui a donné son accord à la proposition de transaction, de présenter utilement ses observations afin qu'une réelle discussion ait lieu sur l'ensemble des déterminants de la sanction (gravité, dommage à l'économie, valeur des ventes, valorisation des engagements, etc.). Elle sera l'occasion aussi, au commissaire du Gouvernement et aux autres parties, de présenter leurs observations. La séance dans le cadre d'une procédure de transaction ne doit pas devenir une simple procédure d'enregistrement.

Notamment, en cas de pluralité de griefs, pourra-t-il y avoir **un débat devant le Collège sur la répartition de la sanction entre les différents griefs ?**

Des questions spécifiques se posent en cas d'**affaires hybrides** :

Y aura-t-il, dans ces affaires, une **séance unique** pour les entreprises ayant transigé et celles qui contestent, ou bien y aura-t-il **deux séances** distinctes et décalées dans le temps ?

Dans l'hypothèse où deux séances distinctes seraient finalement organisées, il semble qu'il serait nécessaire de prévoir qu'elles se tiennent devant deux formations différentes du Collège afin d'éviter tout risque de violation du principe d'impartialité. Une telle solution présenterait néanmoins le risque de conduire à des divergences de solution, ou, à tout le moins d'appréciation.

ii) Contenu et motivation de la décision

L'Autorité peut-elle **clarifier les circonstances dans lesquelles le Collège pourrait être amené à « rejeter la fourchette » de sanction proposée par le rapporteur général**, et quelles en seraient les conséquences pour les entreprises ?

Lorsque toutes les parties auront accepté de transiger, la décision du Collège sera-t-elle **plus succincte** que les décisions qu'il rendra dans les procédures dans lesquelles les entreprises contestent ?

Dans l'affirmative, la décision devra en tout état de cause répondre aux exigences de l'article L. 464-2 du Code de commerce quant à la qualification et aux déterminants de la sanction (notamment le dommage à l'économie), de telle sorte qu'un contrôle juridictionnel puisse s'exercer.

En cas d'affaires hybrides, y aura-t-il **une décision unique** pour les entreprises ayant transigé et celles qui contestent, ou bien y aura-t-il **deux décisions distinctes** et décalées dans le temps ?

En cas de décisions distinctes, la décision de transaction sera-elle notifiée avant la décision concernant les entreprises qui contestent ? Il existe dans ce cas un risque, en cas de recours des entreprises qui ont transigé, que la Cour d'appel statue sur des éléments impactant l'instruction en cours pour les entreprises qui n'ont pas transigé (cf. *infra* B 2). De la même manière, il existe un risque, en cas de recours des entreprises n'ayant pas transigé, que la Cour d'appel statue sur des éléments pouvant impacter la situation des entreprises ayant transigé et qui seront forclos.

Lorsqu'une entreprise aura **refusé une proposition de transaction**, elle devra être assurée du fait que les échanges intervenus en amont ne seront mentionnés nulle part dans le dossier ni portés à la connaissance du Collège.

iii) Interaction entre la transaction
et les procédures indemnitaires

En cas d'affaire où toutes les parties ont décidé de transiger, il est nécessaire que la décision du Collège contienne des développements sur **l'analyse du dommage à l'économie**, qui est un critère légal.

2. Le recours

Le but affiché de l'introduction de la procédure de transaction par la loi Macron est de faire bénéficier les entreprises de plus de prévisibilité afin de réduire drastiquement sinon de supprimer les causes des recours du fait de l'acceptation du montant de la sanction, ou plus précisément de la fourchette dans laquelle elle devrait se situer.

Dans une décision n° 15-D-20 du 17 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques, le Rapporteur général s'est écarté du communiqué relatif à la non-contestation des griefs et, en s'inspirant de la nouvelle procédure de transaction, a proposé un montant maximal de la sanction encourue (350 millions d'euros). Cette application par anticipation de la procédure de transaction pourrait soulever des questions quant à la possibilité pour les entreprises ayant accepté la transaction de former un recours. En effet, le communiqué de presse de l'Autorité de la concurrence laisse entendre qu'Orange se serait engagée à ne pas former de recours devant la Cour d'appel en échange du bénéfice de la procédure de transaction :

« Orange a choisi de coopérer avec l'Autorité de la concurrence : elle ne conteste pas les pratiques ni leur caractère anticoncurrentiel, **ni enfin l'issue donnée à l'affaire, qu'il s'agisse de la sanction pécuniaire ou des injonctions destinées à rétablir immédiatement un fonctionnement concurrentiel du marché** ».

Pour autant, l'APDC considère que **rien n'interdit aux entreprises ayant signé une transaction avec le rapporteur général de former un recours, même s'il devrait rester exceptionnel, à l'encontre de la décision de l'Autorité.**

Notre interprétation repose sur différents éléments :

L'article L. 464-8 du Code de commerce. La loi Macron n'a apporté aucune modification à l'article L.464-8 du Code de commerce qui prévoit un droit au recours à l'encontre des décisions prises par l'Autorité, sans distinguer si ces dernières ont fait l'objet d'une procédure de transaction ou non. Il serait donc illégal de remettre en cause le droit au recours contre une décision prise dans le cadre d'une procédure de transaction.

Un dispositif différent de la transaction civile. La transaction telle que prévue par l'article L.464-2, III du Code de commerce ne s'apparente en aucun cas à la transaction telle que prévue à l'article 2044 du Code civil. Il ne s'agit donc pas d'un accord qui met fin à un différend, dans le cadre duquel l'entreprise concernée renoncerait à toute possibilité future de recours.

La cohérence avec le droit de l'UE. Exclure un recours devant l'Autorité alors qu'il est expressément prévu au niveau européen par la Commission européenne dans sa Communication relative aux procédures de transaction serait contradictoire étant donné l'objectif d'harmonisation avec le mécanisme transactionnel déjà existant devant la Commission.

La conformité au regard de l'article 6 de la CEDH. En effet, l'Autorité de la concurrence ne se voit dotée d'un pouvoir de sanction qu'à la condition que ses décisions soient soumises à un contrôle devant une juridiction de plein exercice indépendante et impartiale¹⁴⁶. À cet égard, la Cour d'appel de Paris reconnaît expressément le droit des parties de « contester l'insuffisance d'indulgence de l'Autorité »¹⁴⁷.

L'existence d'un intérêt à agir. Si le fait que l'entreprise ait accepté la transaction proposée par le rapporteur général, et surtout le montant maximal de la sanction pécuniaire, diminue sensiblement les causes de recours, il ne la prive pas pour autant de son intérêt à agir dans le cadre d'un recours à l'encontre de la décision de l'Autorité. À titre d'illustration, deux hypothèses peuvent être envisagées :

(146) CEDH, 27 septembre 2011, Menarini SRL c/ Italie, req. N° 43509/08.

(147) CA Paris, 19 janvier 2010, AMD Sud Ouest et autres, RG n° 2009/334.

- Tout d'abord, lorsque plusieurs entreprises sont en cause, et que chacune d'entre elles signe un accord de transaction avec les services d'instruction, la question peut se poser de l'égalité de traitement dans la détermination de la méthode de calcul de la valeur des ventes retenues pour fixer la fourchette de sanction. En effet, si comme nous le comprenons, les discussions avec les services d'instruction sur le montant de la sanction sont bilatérales, chaque entreprise en cause n'a pas connaissance du traitement accordé aux autres entreprises poursuivies. C'est seulement lorsque la décision sera rendue que chacune d'entre elles sera en mesure d'identifier un éventuel traitement discriminatoire¹⁴⁸. Dans ces conditions, il apparaît légitime qu'une entreprise s'estimant lésée par rapport aux autres entreprises concernées puisse former un recours contre la décision en cause.
- Ensuite, les entreprises concernées font face de plus en plus souvent à des actions en dommages-intérêts dites de suivi. Dans ce cadre, la décision de l'Autorité, dans son dispositif comme dans sa motivation, a une valeur probante importante. Dès lors, les entreprises, qui ont accepté la mise en œuvre d'une procédure de transaction sans connaître la teneur de la décision qui sera *in fine* adoptée, ont un intérêt particulier à conserver le droit de faire reconnaître que cette dernière contient des inexactitudes juridiques ou factuelles, qui pourraient lui porter préjudice dans le cadre d'une action en dommages-intérêts.

(148) À titre d'illustration, voir le recours introduit le 14 février 2014 dans l'affaire des produits dérivés de taux d'intérêt en euros et en yens par la Société Générale, aff. T-98-14, actuellement pendante (JO n° C. 142 du 12 mai 2014, p. 36).

B. Le cas des entreprises qui contestent les griefs ou qui n'acceptent pas la transaction

Les entreprises peuvent ne pas vouloir entrer en transaction et vouloir contester les griefs, ou, bien que cela ne soit pas l'objectif poursuivi, ni par l'Autorité, ni par les entreprises mises en cause, il peut arriver que la transaction échoue¹⁴⁹.

Ainsi, trois situations doivent être distinguées :

- tout d'abord, comme devant la Commission, les services d'instruction de l'Autorité peuvent refuser d'ouvrir la procédure de transaction, et l'entreprise, qui n'est pas contrainte d'accepter la proposition, peut refuser de donner son accord ;
- ensuite, même si l'entreprise accepte la proposition de transaction, le Collège de l'Autorité peut rejeter la fourchette de sanction proposée par le rapporteur général ;
- en outre, l'Autorité sera très vraisemblablement confrontée, comme ce fut le cas dans le passé avec la procédure de non-contestation des griefs, à des situations où seules quelques entreprises acceptent de transiger, les autres décidant de contester les griefs et de suivre la procédure ordinaire¹⁵⁰.

(149) L'article L. 464-2, III du Code de commerce prévoit en effet désormais que : « *Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général **peut** lui soumettre une proposition de transaction [...]. [...] Si, dans un délai fixé par le rapporteur général, l'organisme ou l'entreprise **donne son accord** à la proposition de transaction, le rapporteur général **propose** à l'Autorité de la concurrence, qui entend l'entreprise ou l'organisme et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I dans les limites fixées par la transaction.* »

(150) Pour ne citer que quelques exemples : Décision n° 09-D-05 du 2 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire ; Décision n° 12-D-10 du 20 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'alimentation pour chiens et chats ; Décision n° 13-D-03 du 13 février 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du porc charcutier ; Décision n° 14-D-19 du 18 décembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps ; Décision n° 14-D-20 du 22 décembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du papier peint en France ; et Décision n° 15-D-03 du 11 mars 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits laitiers frais.

Le sort des entreprises qui ne transigent pas, quelle qu'en soit la raison, soulève aujourd'hui un certain nombre d'interrogations, notamment à la lumière de la pratique décisionnelle de l'Autorité en matière de non-contestation des griefs, ainsi que de l'expérience européenne en matière de transaction (*settlement procedure*).

1. La question de la disjonction des affaires en cas de procédure hybride

Contrairement à la situation qui prévalait sous l'empire de l'ancienne procédure de non-contestation des griefs, l'Autorité adoptera, dans le cadre de la nouvelle procédure de transaction, plusieurs décisions en cas d'**affaires hybrides** :

- l'une ou plusieurs à l'encontre des entreprises qui ont transigé, dès que la proposition de transaction aura été acceptée par l'entreprise et transmise au Collège de l'Autorité ;
- une ou des autres à l'encontre de celles qui ont suivi la procédure ordinaire.

Dans ce contexte, l'APDC s'interroge sur la manière dont l'Autorité entend traiter les affaires hybrides :

L'Autorité envisage-t-elle de **disjoindre** les affaires, comme le permet l'article R.463- 3 du Code de commerce, **ou de suivre une seule et même procédure** à l'encontre de l'ensemble des entreprises, comme c'était généralement le cas dans le cadre de l'ancienne procédure de non-contestation des griefs¹⁵¹ ?

(151) La possibilité de disjoindre les affaires dans le cas de procédures hybrides a été utilisée deux fois par l'ancien Conseil de la concurrence, dans les décisions n° 07-D-26 du 26 juillet 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés de fourniture de câbles à haute tension, et n° 07-D-21 du 26 juin 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location-entretien du linge. Dans chacune de ces deux affaires, le cas de la seule entreprise ayant contesté les griefs a été disjoint par décision du rapporteur général. Dans les deux cas, le ministre de l'économie, saisissant, s'est finalement désisté, entraînant un classement de l'affaire au stade de l'instruction et l'absence de sanction pour les entreprises ayant contesté les griefs.

Au cas où l'Autorité serait favorable à une disjonction des affaires, cette disjonction se traduira-t-elle, en pratique, par un **traitement véritablement séparé des affaires**, c'est-à-dire par deux équipes différentes de rapporteurs et deux formations différentes du Collège de l'Autorité, afin de garantir pleinement le respect des droits de la défense ?

Quelle que soit la solution retenue par l'Autorité sur la question de la disjonction, celle-ci soulève des interrogations supplémentaires de l'APDC.

a) En cas d'absence de disjonction

En cas d'absence de disjonction, l'APDC souhaite attirer l'attention de l'Autorité sur les problématiques de respect des droits de la défense.

Tout d'abord, il appartiendra à l'Autorité de préciser l'impact de la transaction par certaines entreprises sur l'exercice de leurs droits de la défense par les entreprises qui suivent la procédure ordinaire :

L'Autorité a-t-elle l'intention de transposer la **jurisprudence Manpower**, reprise dans son communiqué sur la non-contestation des griefs, dans le cadre de la nouvelle procédure de transaction ? En d'autres termes, l'Autorité considèrera-t-elle que la matérialité des faits et la qualification des pratiques retenues dans la décision de transaction seront également établies à l'égard des entreprises ayant décidé de ne pas transiger, de sorte qu'elles ne pourront contester que leur participation à l'infraction ?

Par ailleurs, dans la mesure où l'Autorité envisage d'adopter plusieurs décisions successives, selon que les entreprises transigent ou non, il existe un risque, en l'absence de disjonction, que **sa décision de transaction comporte des éléments qui mettent en cause les entreprises n'ayant pas transigé**.

Cette question est d'ailleurs d'actualité devant la Commission, qui fait face à la violation des droits fondamentaux des entreprises qui n'ont pas transigé dans l'affaire du cartel des banques dans le secteur des produits dérivés de taux d'intérêts (« Euribor »). Il s'agit en effet de la première affaire hybride où la Commission a adopté la décision de transaction avant que les entreprises qui n'ont pas transigé aient pu se défendre dans le cadre

de la procédure ordinaire. Or, la décision de transaction comportant des affirmations les mettant directement en cause, ces dernières considèrent que leur participation à l'infraction est déjà considérée comme établie par la décision de transaction.

Dans une telle situation, comment l'Autorité entend-elle garantir **le droit à la présomption d'innocence et respecter le principe d'impartialité** qui s'impose à elle ?

Quelle utilisation sera faite des **informations obtenues dans le cadre de la procédure de transaction** à l'encontre des entreprises n'ayant pas transigé ?

b) En cas de disjonction

En cas de disjonction, l'APDC s'interroge sur le risque de décisions contradictoires, d'une part, et sur les modalités d'accès au dossier, d'autre part.

En premier lieu, sur le risque de décisions contradictoires : dès lors que l'Autorité disjoint les affaires et adopte des décisions séparées, il ne peut être exclu que des contradictions apparaissent, par exemple si l'Autorité abandonnait un grief dans une procédure et pas dans l'autre, ou si elle constatait une infraction par objet dans l'une et considérerait comme nécessaire une démonstration des effets anticoncurrentiels dans l'autre. En pratique, la décision prononcée à l'encontre des entreprises n'ayant pas transigé pourrait *in fine* être plus favorable que celle prononcée à l'encontre des entreprises qui ont transigé.

Dans de telles circonstances, quel impact pourrait avoir la solution retenue à l'encontre des entreprises qui n'ont pas transigé sur la décision adoptée à l'encontre des entreprises qui ont transigé ?

En second lieu, sur la question de l'accès au dossier : l'accès au dossier participe de l'exercice des droits de la défense par les entreprises mises en cause, droit dont elles ne sauraient être privées ; or la disjonction d'affaires pourrait avoir pour conséquence d'isoler, sur le plan procédural, les entreprises qui contestent les griefs, de celles qui ne les ont pas contestés.

Comment l’Autorité entend-elle traiter la question de l’accès au dossier des entreprises qui n’ont pas contesté les griefs de la part de celles qui ont choisi la voie de la procédure ordinaire, et inversement ?

2. La procédure décalée, une source de difficultés pour les entreprises ?

La mise en place d’une procédure en deux temps (« procédure décalée ») emporte des conséquences, notamment sur le plan procédural.

Tout d’abord, dès lors que la procédure est toujours en cours à l’égard des entreprises qui n’ont pas transigé, **il existe un risque, en cas de recours par les entreprises qui ont transigé, que la Cour d’appel de Paris statue sur des éléments pouvant impacter la situation des entreprises n’ayant pas transigé :**

Dans de telles circonstances, comment l’Autorité entend-elle garantir en pratique le droit à un recours effectif pour les entreprises qui n’ont pas transigé, particulièrement dans l’hypothèse où les affaires n’auraient pas été disjointes ?

Dans de telles circonstances, l’Autorité pourrait-elle envisager de **repousser la notification formelle** de la décision à l’égard des entreprises qui ont transigé, en attendant d’avoir adopté sa décision concernant les entreprises qui n’ont pas transigé, afin que les délais de recours pour l’ensemble des entreprises commencent à courir en même temps ?

Par ailleurs, la « procédure décalée » pourrait complexifier à plusieurs égards **les actions en dommages et intérêts** des victimes de pratiques anticoncurrentielles, alors que celles-ci constituent un outil essentiel pour la mise en œuvre effective du droit de la concurrence. En particulier, se posent les questions suivantes :

Sur l’évaluation du préjudice : en cas d’**assignations multiples**, ce qui devrait être le cas dès lors que plusieurs décisions seront adoptées par l’Autorité, quel sera l’impact, pour le demandeur, en termes d’évaluation de son préjudice ? Celui-ci devra-t-il être calculé individuellement, c’est-à-dire par défendeur (problème de la solidarité) ?

Sur la prescription : dès lors qu'une décision de transaction mettrait en cause une entreprise qui a décidé de contester les griefs (sans pour autant établir formellement sa participation à l'infraction), **quel sera le point de départ du délai de prescription** pour les actions en dommages et intérêts à l'encontre de cette entreprise ? Commencera-t-il à courir dès l'adoption de la décision de transaction ou après qu'une décision de sanction a été adoptée à son encontre ?

Dans le premier cas, quelles seraient les conséquences en matière de preuve de l'infraction pour le demandeur à l'action ?

3. Les conséquences d'un échec de la transaction

Si la loi prévoit la possibilité d'un échec de la transaction, elle n'en prévoit en revanche pas les conséquences, faisant ainsi naître des craintes légitimes pour les entreprises, placées en situation d'insécurité juridique.

Sur l'utilisation des éléments obtenus par l'Autorité pendant la phase exploratoire de la transaction : quelle utilisation sera faite par l'Autorité des éléments éventuellement communiqués et/ou discutés par les entreprises dans le cadre de la procédure de transaction ? Le principe prévalant en droit européen, c'est-à-dire la **non-prise en compte de ces éléments dans la procédure ordinaire**, sera-t-il repris par l'Autorité ?

Sur les délais pour répondre à la Notification de griefs :

Quels délais seront laissés à l'entreprise qui refuserait la proposition du rapporteur pour répondre à la Notification de griefs, après avoir « rejoint » la procédure ordinaire (cf. *supra* c vi) ?

Sur la prise en compte de la coopération de l'entreprise en dehors de la transaction : le texte ne prévoyant plus de non-contestation « sèche », l'Autorité tiendra-t-elle compte, au moment de la détermination de la sanction, d'une éventuelle coopération de l'entreprise (sous la forme d'une non-contestation des griefs ou de la mise en place d'un programme de conformité) ?

II. OBSERVATIONS DE L'APDC SUR L'APPLICATION DANS LE TEMPS DE LA NOUVELLE PROCÉDURE DE TRANSACTION (ARTICLE 218 II DE LA LOI MACRON)

L'article 218 II de la loi Macron dispose que le nouvel article L. 464-2 III du Code de commerce (tel que modifié par l'article 218 I de la loi), substituant une procédure de transaction à l'ancienne procédure de non-contestation de griefs, « est applicable aux procédures pour lesquelles les griefs ont été notifiés, en application de l'article L. 463-2 du Code de commerce, après la publication de la présente loi ».

Le nouvel article L. 464-2 III du Code de commerce ne contient plus la mention de ce que « le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié » en cas de non-contestation de griefs.

Le nouveau texte conduit donc à appliquer pour les entreprises en transaction un plafond de 10 % de leur chiffre d'affaires mondial hors taxes, alors que, précédemment, les entreprises ayant opté pour la voie de la non-contestation de griefs se voyaient appliquer un plafond de 5 % de leur chiffre d'affaires. À leur égard, le nouveau texte serait donc plus sévère.

Or, une telle application dans le temps de dispositions répressives plus sévères est contraire :

- à l'**article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789**, aux termes duquel :

« La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

- à l'**article 7 § 1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales**, aux termes duquel :

« (...) il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise ».

Le principe de non-rétroactivité ainsi formulé ne concerne pas seulement les peines appliquées par les juridictions répressives, mais s'entend néces-

sairement de toute sanction ayant le caractère d'une punition, même celle prononcée par une autorité de nature non juridictionnelle (Cons. Const., déc. n° 82-155 DC du 30 décembre 1982, loi de finances rectificative pour 1982), en ce compris celle prononcée par l'Autorité de la concurrence (Cour d'appel de Paris, 19 janvier 2010, RG n° 2009/00334).

La jurisprudence de la Cour de cassation en ce qui concerne le Conseil de la concurrence, devenu Autorité de la concurrence (Cass. Com., 14 mars 2006, Privileg, n° 05-13048) et celle du Conseil d'État en ce qui concerne d'autres autorités administratives dotées d'un pouvoir punitif (par ex., CE, 27 mai 2009, n° 307957, SNC St Honoré ; CE Ass., 16 février 2009, Atom, n° 274000) s'attachent, au visa de l'article 8 de la Déclaration de 1789, exclusivement à la date des faits répréhensibles pour déterminer l'application de la loi répressive la plus sévère.

Il va de soi, en effet, que la loi nouvelle plus sévère ne peut s'appliquer qu'aux agissements postérieurs à son entrée en vigueur.

La Cour d'appel de Paris a ainsi considéré qu'au regard des « principes directeurs du droit répressif » toutes les saisines postérieures à la loi répressive la plus sévère ne peuvent pas donner lieu à l'application des nouvelles sanctions plus sévères : lesdites sanctions ne peuvent s'appliquer qu'aux faits commis après la loi nouvelle plus sévère (Cour d'appel de Paris, 19 janvier 2010, RG n° 2009/00334).

C'est la position du Conseil, devenu Autorité de la concurrence, qui a considéré que :

- même si « les dispositions transitoires de la loi du 15 mai 2001 (aggravant le plafond de la sanction susceptible d'être infligée par le Conseil, figurant à l'article L. 464-2 du Code de commerce) prévoient que ses dispositions sur les sanctions ne sont applicables qu'aux pratiques dont le Conseil de la concurrence a été saisi postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la loi » et si « ce libellé pourrait conduire à considérer que les nouveaux plafonds sont applicables aux infractions commises antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi dès lors que le Conseil aurait été saisi après »,

- il convenait « compte tenu du caractère quasi pénal des sanctions qu(e le Conseil) inflige, (...d') appliquer le principe général de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère énoncé, notamment, par les articles 6 et 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, ainsi que par l'article 15-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. En conséquence, le nouveau plafond des sanctions ne sera appliqué qu'aux pratiques commises après l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001, de sorte que le Conseil a encore appliqué au cours de l'année 2003 les anciennes dispositions (03-D-01, 03-D-07, 03-D-09, 03-D-10, 03-D-12, 03-D-15, 03-D-17, 03-D-29, 03-D-35, 03-D-36, 03-D-40, 03-D-43, 03-D-45, 03-D-46, 03-D-47, 03-D-54, 03-D-55, 03-D-61, 03-D-68) » (Rapport du Conseil de la concurrence pour 2003, p. 287).

Le Conseil a adopté cette position dès le lendemain de l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001, dans une décision n° 01-D-31 du 5 juin 2001, dans laquelle il a exposé que « considérant que les infractions retenues ci-dessus ont été commises antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-4 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques ; que, par suite, les dispositions introduites par cette loi dans l'article L. 464-2 du Code de commerce, en ce qu'elles prévoient des sanctions plus sévères que celles qui étaient en vigueur antérieurement, ne leur sont pas applicables ».

Ce principe a ensuite été rappelé dans l'ensemble des rapports annuels et dans les décisions qui soulevaient ce point (Rapports du Conseil de la concurrence pour 2001 p. 206, 2002 p. 232, 2003 p. 287, 2004 p. 254, 2005 p. 294, 2006 p. 229, 2007 p. 248, 2008 p. 265). L'Autorité de la concurrence a elle-même expressément soutenu cette position dès sa création, rappelant que « le Conseil [avait] estimé, compte tenu du caractère quasi pénal des sanctions qu'il inflige, qu'il devait appliquer le principe général de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère » (Rapports de l'Autorité de la concurrence pour 2009 p. 238, 2010 p. 266).

Il en va exactement de même s'agissant des notifications de griefs postérieures à la loi répressive la plus sévère : elles ne peuvent donner lieu à l'application des peines les plus sévères que s'agissant des faits postérieurs à ladite loi. En effet, les entreprises doivent connaître au moment de la commission de l'infraction, et non après, les peines encourues.

L'article 218 I de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 contenant à la fois des dispositions processuelles (la nouvelle procédure de transaction) et substantielles (la suppression de l'abaissement du plafond de 10 % à 5 % du chiffre d'affaires mondial en cas de non-contestation de griefs), **seules les dispositions processuelles peuvent s'appliquer aux faits antérieurs à la loi, à l'exclusion des dispositions substantielles en ce qu'elles instituent une peine plus sévère.**

L'APDC considère donc qu'en application du principe général de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère, tel qu'appliqué par le Conseil devenu Autorité de la concurrence, **l'Autorité ne saurait donc, pour des pratiques antérieures à la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, appliquer à des entreprises engagées dans une procédure de transaction, laquelle emporte nécessairement une non-contestation de griefs selon les termes mêmes de la loi, le plafond de sanction de 10 % mais devrait appliquer l'ancien plafond de 5 % qui était applicable en cas de non-contestation de griefs.**

3.9 Cabinet August-Debouzy

La présente contribution a été rédigée par Renaud Christol, conseil du département Concurrence Consommation Distribution d'August Debouzy, avec, pour les aspects digitaux, l'aide de Mahasti Razavi, associée au sein de ce département et du département Technologies Propriété intellectuelle Média.

Elle vise à participer à la réflexion sur l'opportunité d'un rééquilibrage de l'application du droit de la concurrence en matière de distribution en ligne.

Le droit de la concurrence vise à protéger la concurrence, pas les concurrents, les clients ou les consommateurs.

Ce dogme a été affirmé dès 1962 par la Cour suprême américaine : « Prise dans son ensemble, toute l'histoire de la législation [antitrust] illustre la volonté du Congrès de protéger la concurrence, non les concurrents »¹⁵². Il a été transposé et adapté en droit communautaire par l'arrêt *Métro* aux termes duquel « la concurrence non faussée visée aux articles 3 et 85 du traité CEE [devenu 101 TFUE] implique l'existence sur le marché d'une concurrence efficace, c'est-à-dire de la dose de concurrence nécessaire pour que soient respectées les exigences fondamentales et atteints les objectifs du Traité »¹⁵³. La « concurrence efficace » permet de ne pas se limiter à la concurrence par les prix et de prendre en considération la concurrence par la qualité ou l'innovation ainsi que des notions telles que la protection de l'emploi ou du petit commerce.

L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a été rédigée selon cette philosophie. Les articles 7 et 8 de cette ordonnance, prohibent les ententes et les abus de position dominante ou de dépendance économique qui « ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché ».

Les textes communautaires et français n'ont pas été modifiés depuis leur adoption.

(152) *Brown Shoe Co. V. United States*, 370 U.S. 294, 320 (1962).

(153) CJCE, 25 octobre 1977, *Metro c/ Commission*, aff. 26/76, Tec. 1977, p. 1875.

Cela étant, leur application en matière de distribution en ligne s'est écartée de la stricte protection de la concurrence.

Le postulat est à la fois simple, clair et objectivement guidé par le bien-être du consommateur : la distribution en ligne est un « facteur d'animation de la concurrence » qui permet aux consommateurs de bénéficier de « prix inférieurs en ligne » (notamment parce que les coûts de distribution en ligne sont moins importants que ceux inhérents à la vente en magasin), de « gammes de produits plus étendues en ligne » et au sein duquel « de nouveaux acteurs [sont] capables de renforcer la concurrence » (places de marché et comparateurs de prix)¹⁵⁴.

La distribution en ligne doit donc être promue et protégée.

Cela implique nécessairement que les distributeurs en ligne, offreurs qui permettent aux consommateurs de bénéficier des bienfaits du commerce électronique, soient placés dans des conditions optimales, voire favorisés, dans le cadre de leurs relations avec les fournisseurs.

Dans cette optique, un principe a été énoncé : il est interdit d'interdire la distribution en ligne, quel que soit le mode de distribution adopté (ouverte, sélective ou exclusive). L'interdiction de la distribution en ligne est considérée comme une restriction de concurrence par objet¹⁵⁵.

Peu importe notamment la part de marché détenue par celui qui souhaite interdire, l'état et l'intensité de la concurrence intramarque et intermarque, la politique des concurrents vis-à-vis de la vente en ligne, le type de produits ou services concernés ou le caractère approprié ou non de la vente en ligne pour ces produits ou services (par exemple lorsqu'un conseil ou une assistance personnalisés sont indispensables),

(154) Positions exprimées par l'Autorité de la concurrence dans son avis n° 12-A-20 du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique, fondées uniquement sur l'examen de trois secteurs économiques : les produits électrodomestiques, les parfums et cosmétiques de luxe et les produits cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique.

(155) Principe affirmé par le Conseil de la concurrence dans sa décision n° 08-D-25 du 29 octobre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques, confirmé par la Cour de justice de l'Union européenne (arrêt du 13 octobre 2011 aff. C-439/09, *Pierre Fabre Dermocosmétiques SAS*) saisie d'une question préjudicielle par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 29 octobre 2009 (Pôle 5 – Chambre 5-7, RG n° 2008/23812) puis confirmé à nouveau par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 31 janvier 2013 (Ibid.).

ce principe s'impose à tous les opérateurs dont les produits ou services sont susceptibles d'être vendus sur Internet.

L'unique exception au principe est la justification objective de l'interdiction. Cette exception a été circonscrite dès le départ. Dans son arrêt *Pierre Fabre*, la Cour de justice a rappelé qu'elle n'a « pas retenu, au regard des libertés de circulation, les arguments relatifs à la nécessité de fournir un conseil personnalisé au client et d'assurer la protection de celui-ci contre une utilisation incorrecte des produits, dans le cadre de la vente de médicaments qui ne sont pas soumis à la prescription médicale et de lentilles de contact, pour justifier une interdiction de vente par Internet »¹⁵⁶. Elle a également affirmé que « [l']objectif de préserver l'image de prestige ne saurait constituer un objectif légitime pour restreindre la concurrence et ne peut pas justifier qu'une clause contractuelle poursuivant un tel objectif ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1 TFUE »¹⁵⁷. Dans les faits, la seule justification objective reconnue est l'ordre public ou la protection de la santé publique.

À de très rares exceptions près (principalement les substances dangereuses), tous les produits doivent être disponibles sur Internet.

Le halo protecteur qui entoure la distribution en ligne n'est pas limité à l'interdiction d'interdire ce mode de distribution.

L'article 4, c) du règlement sur les restrictions verticales¹⁵⁸ précise que des restrictions des « ventes actives ou [des] ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui agissent en tant que détaillants sur le marché » empêchent l'exemption par catégorie des accords verticaux de jouer. Dans les lignes directrices sur les restrictions verticales, la vente sur Internet est qualifiée de vente passive.

Le règlement et les lignes directrices reprennent donc le principe exprimé dans l'affaire *Pierre Fabre*. Ils imposent cependant plusieurs tempéraments.

(156) Arrêt du 13 octobre 2011 précité, point 44.

(157) Arrêt du 13 octobre 2011 précité, point 46.

(158) Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

Par exemple, le § 54 des lignes directrices prévoit la possibilité pour un fournisseur, dans le cadre d'un réseau de distribution sélective, de conditionner l'admission d'un distributeur dans son système de distribution à la détention d'un ou plusieurs points de vente physique : « L'exemption par catégorie permet au fournisseur d'exiger de ses distributeurs qu'ils disposent d'un ou plusieurs points de vente physiques, comme condition pour pouvoir devenir membres de son système de distribution ».

Ce tempérament est justifié par le souci d'éviter le risque de parasitisme, par les opérateurs uniquement actifs en ligne (les « pure players ») des investissements effectués par les points de vente physique. La Cour d'appel de Paris a d'ailleurs estimé que le fabricant est « fondé à exiger, pour maintenir une certaine image de qualité notamment par un service après-vente efficace, et assurer la mise en valeur de ses produits, que la vente sur internet n'intervienne, dans l'intérêt même des consommateurs, qu'en complément d'un point de vente physique »¹⁵⁹.

Cela étant, l'Autorité a grandement limité le champ d'application de ce tempérament dans son avis n° 12- A-20. La condition de détention d'un magasin physique n'est pas porteuse de risques au regard du droit de la concurrence si le ou les fournisseurs qui l'appliquent ne détiennent pas, individuellement ou collectivement, de pouvoir de marché, s'il est aisé pour les distributeurs d'implanter un point de vente physique (aucune condition de surface minimale ou de localisation), si le fabricant ne soumet pas ses revendeurs sur Internet à des critères qualitatifs précis, nombreux et exigeants et si cette condition n'a pas pour effet « d'exclure un canal de distribution du marché ou d'en entraver le développement »¹⁶⁰.

En d'autres termes, la condition de détention d'un magasin physique est porteuse de risques pour la grande majorité des réseaux de distribution sélective.

Le parasitisme par les pure players est écarté par l'Autorité car « [I]es pure players sont [...] susceptibles de réaliser des investissements pouvant profiter à l'ensemble du réseau de distribution sélective »¹⁶¹.

(159) Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 octobre 2007 rendu sur le recours contre la décision du Conseil de la concurrence n° 06-D-24 du 24 juillet 2006 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France.

(160) Avis n° 12-A-20 précité, § 337 et 344, 345 et 373.

(161) Avis n° 12-A-20 précité, § 344.

L'explication de cette position est simple. Pour l'Autorité, « [d]e façon générale, le développement des ventes sur Internet dépend de la place prise par des distributeurs pure players de renommée nationale »¹⁶². Il est donc nécessaire de limiter, voire de supprimer, les « freins » à leur développement.

Un autre tempérament prévu par les lignes directrices est relatif aux places de marché et des plateformes tierces.

Le § 54 prévoit que « le fournisseur peut exiger que ses distributeurs ne recourent à des plateformes tierces pour distribuer les produits contractuels que dans le respect des normes et des conditions qu'il a convenues avec eux pour l'utilisation d'Internet par les distributeurs. Par exemple, si le site Internet du distributeur est hébergé par une plateforme tierce, le fournisseur peut exiger que les clients n'accèdent pas au site du distributeur via un site qui porte le nom ou le logo de la plateforme tierce ». Dans les faits, ce paragraphe a été interprété par les opérateurs économiques comme une autorisation d'interdire la distribution sur les places de marché et les plateformes tierces.

L'avis n° 12-A-20 circonvenait cette autorisation aux seuls cas où elle serait « proportionnée à l'objectif poursuivi, qu'il s'agisse du respect de l'image de marque ou de la prévention de la vente de produits contrefaits ou vendus hors réseau »¹⁶³.

Or, dans la pratique antérieure de l'Autorité, cette possibilité de justification n'a apparemment pas été examinée.

Dans un communiqué de presse du 18 novembre 2015, l'Autorité a révélé que ses services d'instruction « avaient ouvert une enquête sur les pratiques commerciales d'Adidas restreignant la vente en ligne de ses distributeurs [et qu'à] la suite de l'enquête, la marque a[vait] décidé d'élargir les canaux de vente en ligne de ses revendeurs »¹⁶⁴.

(162) Avis n° 12-A-20 précité, § 370.

(163) Avis n° 12-A-20 précité, § 355.

(164) http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?lang=fr&id_rub=606&id_article=2668. L'Autorité souligne que « cette enquête [...] a été conduite en collaboration avec son homologue allemand, le Bundeskartellamt, dont l'action a permis de faire évoluer la politique commerciale d'Adidas Outre-Rhin » http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemittelungen/2014/02_07_2014_adidas.html.

Plus précisément, Adidas, qui distribue ses produits au travers d'un réseau de distribution sélective, « interdisait à ses revendeurs agréés de commercialiser ses produits sur certains sites internet, les places de marché ».

En l'absence de décision, il n'est pas possible de savoir si et comment Adidas a justifié cette interdiction, notamment si elle a fait valoir que cette interdiction était justifiée par la préservation de son image de marque et/ou par la prévention de produits contrefaits ou vendus hors réseaux et quelle a été l'appréciation de l'Autorité sur ces justifications.

Toujours est-il que « la marque a supprimé de ses contrats de distribution sélective l'interdiction pour les revendeurs d'utiliser les places de marché en ligne » et que ceux-ci « pourront désormais utiliser les places de marché sous réserve qu'elles respectent certains critères qualitatifs qui leur permettront alors d'être agréées par le fabricant ». Ces critères ne sont pas précisés. Il n'est pas davantage indiqué s'il s'agit de critères identiques à ceux appliqués pour les sites internet en propre ou d'autres critères. Il n'est donc pas non plus possible de connaître la position de l'Autorité sur ces critères.

En définitive, la position d'Adidas dans cette affaire, l'état et l'intensité de la concurrence intramarque et intermarque ou la politique des concurrents vis-à-vis de la vente en ligne n'apparaissent pas avoir été examinés.

L'impression est forte qu'un nouveau principe se dégage : « il est interdit d'interdire la distribution sur les places de marché et les plateformes tierces ». Il pourrait rapidement être complété par un autre principe : « il est interdit d'interdire la distribution par les pure players ».

Le halo protecteur serait alors transformé en armure.

Cela étant, en 2016, il est légitime de s'interroger sur la pertinence et la nécessité du maintien et du renforcement de cette protection.

La distribution en ligne et le commerce électronique ne sont plus en phase de lancement. Il s'agit d'un mode de distribution et de consommation durablement établi et dont l'importance ne cesse de croître : en 2015, 53 % des consommateurs de l'Union européenne ont fait des achats en ligne. En France, le commerce en ligne à destination des particuliers a représenté 64,9 milliards d'euros (+ 14,3 % par rapport à 2014).

Le nombre de transactions a augmenté de 19 %, passant de 700 millions en 2014 à 835 millions en 2015. Le nombre de sites marchands a également augmenté de 16 % en un an, soit près de 25 000 sites supplémentaires sur 12 mois.

L'heure du rééquilibrage est peut-être arrivée.

Il est peut-être temps de considérer que les limitations apportées par les fournisseurs à la distribution en ligne de leurs produits ne sont pas motivées par la volonté de restreindre cette distribution mais plutôt par des considérations intrinsèques aux produits commercialisés, aux services indispensables à cette commercialisation, à la nécessaire préservation de l'image de marque des fournisseurs et de leurs produits, à la lutte contre les contrefaçons, que ces limitations sont productrices d'efficiences et sont bénéfiques pour les consommateurs.

À tout le moins, il est certainement temps que ces éléments soient examinés dans le cadre de l'appréciation des limitations apportées à la distribution en ligne au regard du droit de la concurrence.

À défaut, le risque existe que la distribution en ligne se trouve rapidement dans une position analogue à celle de la grande distribution et qu'à l'instar de la situation en matière de grande distribution, le rapport de force soit irrémédiablement déséquilibré en faveur des distributeurs, situation qui, *in fine*, porterait indubitablement atteinte à la concurrence et serait néfaste pour le bien-être des consommateurs.

Les circonstances sont favorables à un tel rééquilibrage.

Par sa décision n° 14-D-07 du 23 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits bruns, en particulier des téléviseurs, l'Autorité a renvoyé à l'instruction la question de savoir si la clause d'interdiction générale des ventes sur les sites internet non agréés et/ou sur tout site tiers, notamment les places de marché, contenue dans les contrats de distribution sélective de SAMSUNG constituait des restrictions verticales sur les ventes passives des détaillants¹⁶⁵.

(165) Voir également la décision n° 15-D-11 du 24 juin 2015 relative à une demande de mesures conservatoires concernant des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits bruns, en particulier des téléviseurs.

Le 22 décembre 2015, la Cour d'appel de Francfort a estimé que l'interdiction de vente sur les places de marché prévue par le producteur de sac à dos Deuter dans ses contrats de distribution ne restreignait pas la concurrence car elle était, dans ce cas précis, objectivement justifiée par la nécessaire préservation de son image de marque et que cette préservation n'était pas assurée sur lesdites places de marché. Cette affaire est actuellement pendante devant le Bundesgerichtshof (la Cour fédérale allemande).

Le 2 février 2016, la Cour d'appel de Paris¹⁶⁶15 a également souligné l'importance d'une justification objective. Le contrat de distribution des produits Caudalie prévoyait que les distributeurs (pharmacies et de parapharmacies) ne pouvaient commercialiser que sur leurs sites internet propres. Pour la Cour d'appel, cette stipulation engendre une interdiction de principe de la vente en ligne par le biais de places de marché qui, sauf justification objective, est susceptible de constituer une restriction de concurrence caractérisée. La Cour d'appel a estimé que cette stipulation n'était pas, en l'espèce, objectivement justifiée.

Dans une autre affaire, relative au réseau de distribution sélective de Coty, un producteur de parfum, la Cour d'appel de Francfort a été saisie à une question similaire à celle de l'arrêt Deuter. Coty interdit la revente de ses produits sur les places de marché. Un de ses distributeurs sélectionnés est passé outre cette interdiction et Coty a alors assigné ledit distributeur. La Cour d'appel a accepté de renvoyer plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice¹⁶⁷16. La Cour demande notamment si l'interdiction faite par un fournisseur à ses distributeurs agréés de recourir à des plateformes tierces est compatible avec l'article 101 § 1 TFUE, dès lors que ces plateformes sont visuellement identifiables et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres critères qualitatifs.

On peut souhaiter que la Cour de justice ne réserve pas à la clause interdisant le recours aux plateformes tierces le même traitement que celui qu'elle a réservé à la clause d'interdiction de vente sur internet.

(166) Cour d'appel de Paris, Pôle 1 - Chambre 3, arrêt du 2 février 2016

(167) Aff. C-203/16 sur le site <http://curia.europa.eu>.

On soulignera d'ailleurs que le fait d'interdire le recours aux plateformes tierces n'a pas pour conséquence d'interdire la distribution en ligne et que l'effet limitatif d'une telle clause est en toute hypothèse variable selon les États et l'importance des places de marché dans ceux-ci, comme l'a relevé la Commission européenne dans son Rapport préliminaire sur le commerce électronique (les places de marché sont par exemple beaucoup plus utilisées en Allemagne qu'en Italie).

Il serait donc préférable que la Cour de justice renvoie aux autorités nationales le soin de qualifier in concreto l'existence d'une restriction de concurrence par objet issue de cette interdiction en fonction de la nature et des caractéristiques du produit ainsi que de la structure de la concurrence sur le marché.

Cette analyse devrait prendre en compte l'état de la concurrence intra-marque et intermarque, la politique des concurrents vis-à-vis des plateformes tierces, le type de produits ou services concernés ou le caractère approprié ou non des plateformes pour ces produits ou services (par exemple si ce mode de distribution est susceptible de porter atteinte à l'image des produits ou services ou encore de favoriser la contrefaçon).

La décision de l'Autorité sur les contrats Samsung susvisée pourrait sans conteste être l'opportunité pour celle-ci de mettre en place cette grille d'analyse in concreto.

Il est également souhaitable que l'éventuel examen, dans le cadre de procédures contentieuses ou d'engagements, des autres tempéraments évoqués ci-dessus (par exemple l'obligation d'exploitation d'un point de vente physique) soit réalisé en prenant en considération l'ensemble des circonstances de marché de façon concrète et approfondie et que, par exemple, tout risque de parasitisme ne soit pas a priori écarté dès lors que les clients sont susceptibles de préparer un achat sur Internet ou bien si les pure players sont en mesure de rendre certains services aux consommateurs.

En ce qu'il intégrerait l'ensemble des déterminants de la concurrence et des composantes du marché (et plus uniquement la volonté de promouvoir et de protéger la distribution en ligne), le rééquilibrage évoqué ci-dessus permettrait également d'éviter que des situations telles que

celle connue en matière de services de télévision payante transfrontières ne se reproduise.

En vertu de clauses contractuelles, Sky UK devait bloquer l'accès aux films de Paramount qu'elle diffuse au moyen de ses services de télévision payante en ligne (pratique de blocage géographique) ou par satellite pour les consommateurs qui se trouvent en dehors du territoire pour lequel elle dispose d'une licence (le Royaume-Uni et l'Irlande). En outre, Paramount devait faire en sorte que les télédiffuseurs situés en dehors du Royaume-Uni et d'Irlande ne puissent pas y proposer leurs services de télévision payante.

Pour la Commission européenne, ces clauses restreignaient les ventes passives des télédiffuseurs pour leurs services de télévision payante émanant de consommateurs qui résident en dehors du territoire pour lequel ils possèdent une licence. Paramount s'est donc engagé à ne plus faire application de ces clauses¹⁶⁸.

Tout était donc pour le mieux : les consommateurs pouvaient avoir accès aux œuvres Paramount partout en Europe à partir de n'importe quel télédiffuseur.

Mais cette solution a manifestement omis que les restrictions géographiques à la diffusion des films ne sont pas uniquement (pas du tout ?) guidées par la volonté de restreindre l'accès des consommateurs à ces films. Elles peuvent être motivées par la nécessaire préservation d'écosystèmes nationaux qui reposent sur des systèmes de financement des films et sur les modalités de leur diffusion dans chaque État (comme la chronologie des médias en France), écosystèmes qui sont notamment destinés à promouvoir la diversité culturelle. En d'autres termes, le fait qu'un citoyen britannique ne puisse pas accéder à ses films lorsqu'il est en vacances en Espagne (exemple mis en avant par la Commission européenne) peut être objectivement justifié par les systèmes de financement des œuvres dans ces États et peut permettre de maintenir des productions nationales de films. Pour ces raisons, un recours contre la décision de la Commission européenne a été lancé par des télédiffuseurs nationaux.

(168) Cass AT040023 – Cross-border access to pay-TV, décision du 26 juillet 2016.

3.10 Chambre de commerce et d'industrie de Paris – Ile-de-France

Dans la perspective d'une réforme du droit français de la concurrence, plusieurs points appellent les commentaires de la CCI Paris Île-de-France au regard du contexte institutionnel, juridique et politique du droit de la concurrence.

I. S'agissant du **contexte institutionnel**, deux points nous semblent devoir être approfondis dans la perspective d'une évolution du droit de la concurrence qui portent successivement sur les pouvoirs de la Cour d'appel de Paris et l'organisation de la séparation des pouvoirs au sein de l'Autorité de la concurrence.

1) Les pouvoirs de la Cour d'appel de Paris

Dans le schéma institutionnel français du droit de la concurrence, la Cour d'appel de Paris demeure le « maillon faible », car elle doit juger les recours contre les décisions d'une Autorité puissante et bien armée techniquement et semble prise en étau entre l'Autorité de la concurrence et la Cour de cassation.

Si l'on souhaite avoir un mécanisme de contrôle efficace sur la place de Paris, il est indispensable de doter le contrôleur de moyens équivalents, ayant des compétences économiques, comptables, techniques et juridiques. Certaines affaires récentes illustrent cette difficulté, à l'image de l'affaire ventes-privées.com, au terme de laquelle la Cour d'appel a, dans un arrêt rendu le 12 mai 2016, entériné le constat fait par l'Autorité de l'impossibilité de se prononcer sur l'existence d'une position dominante de vente-privée.com en raison d'une coordination défailante entre les services d'instruction et le collège (voir ci-dessous), conduisant dans les faits à une forme de « déni de justice ».

> Proposition

Doter la Cour d'appel de Paris de compétences économiques, comptables et juridiques renforcées compte tenu de la complexité croissante des affaires qui lui sont soumises.

2) Le mécanisme de séparation des fonctions de poursuite et de jugement au sein de l’Autorité de la concurrence

La pratique décisionnelle récente a montré les limites du fonctionnement actuel de la séparation des fonctions de poursuite et de jugement au sein de l’Autorité de la concurrence et les risques de dérives que comporte le mécanisme actuel.

- Une première difficulté tient au fait **qu’il n’existe pas de véritable hiérarchie posée entre le collège et les services d’instruction**. Du moins, si une telle hiérarchie semble affirmée, notamment à travers le pouvoir dont dispose le collège de renvoyer un dossier qu’il estime incomplet ou insuffisamment instruit aux services d’instruction, il est nécessaire de la réaffirmer et de la renforcer afin que le collège puisse avoir le « dernier mot » lorsqu’il demande un complément d’enquête.

Or, comme l’illustre la décision n° 16-D-22 du 20 octobre 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des contrats d’assurance-vie sur Internet, cette hiérarchie fonctionnelle se trouve en réalité renversée. Dans cette affaire, ce sont les services d’instruction qui ont eu le « dernier mot » en décidant, semble-t-il, de ne pas se soumettre aux demandes formulées à deux reprises par le collège, et ce, en ne laissant d’autre choix à la formation de jugement que de constater l’acquisition de la prescription. Dans ces conditions, le collège de l’Autorité, malgré des demandes réitérées de complément d’instruction, n’a pas été en mesure de trancher une question de principe et de répondre aux parties saisissantes.

Dans certaines hypothèses, l’inertie des services d’instruction suscite donc les plus vives réserves dans la mesure où ils ont la possibilité de décider de façon discrétionnaire de poursuivre ou non les demandes d’investigation formulées par le collège.

Pour remédier à une telle situation, **il serait opportun que le législateur prévoie, dans le respect du principe de séparation des fonctions de poursuite et de jugement, que, lorsque le collège de l’Autorité sollicite les services d’instruction pour un complément d’enquête, ceux-ci soient tenus de déférer à ses demandes.**

- À l'inverse, une deuxième difficulté peut être identifiée. Ainsi, la décision n° 14-D-18 du 28 novembre 2014 concernant les pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente événementielle en ligne est venue illustrer un autre type de dysfonctionnement.

Alors qu'une pratique de verrouillage de marché était dénoncée par un concurrent, l'Autorité de la concurrence a conclu, au terme de 4 années d'instruction, qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre la procédure dans la mesure où le dossier d'instruction ne comportait pas de délimitation du marché pertinent. En l'espèce, la formation de jugement n'a pas usé de la faculté de renvoyer l'affaire à l'instruction afin d'obtenir une telle délimitation estimant que les caractéristiques et les spécificités de la vente événementielle avaient évolué au cours de la période visée, ce qui rendait impossible l'analyse de la substituabilité des produits. Par une décision du 12 mai 2016 déjà évoquée, la Cour d'appel de Paris a confirmé la décision de l'Autorité de la concurrence, de sorte que la saisissante n'a pu obtenir de réponses aux questions posées à l'Autorité.

À l'évidence, cette situation regrettable est due à un dysfonctionnement dans les relations entre les services d'instruction et le collège. Du point de vue des entreprises, il n'est pas acceptable qu'il faille attendre 4 ans après le début d'une instruction pour constater une lacune aussi importante. **Aussi serait-il opportun d'imaginer un mécanisme permettant au collège de s'assurer, plus en amont, que le travail de délimitation du marché pertinent dans les affaires d'abus de position dominante a été correctement réalisé.**

Par ailleurs, s'agissant de la décision du collège de ne pas renvoyer le dossier aux services d'instruction, s'il est vrai que l'article R. 463.7 du Code de commerce précise que « Lorsqu'elle estime que l'instruction est incomplète, l'Autorité de la concurrence peut décider de renvoyer l'affaire en tout ou partie à l'instruction [...] », il nous semble que le législateur devrait **introduire une obligation de motivation concernant la décision de la formation de jugement de ne pas renvoyer l'affaire.**

> Propositions

Prévoir un mécanisme qui permette, d'une part, d'établir une hiérarchie fonctionnelle entre l'instruction et le jugement et qui permette, d'autre part, au collège d'intervenir à temps pour rattraper les analyses insuffisantes ou erronées des services d'instruction. Pour y parvenir, il convient de :

- Compléter l'article L. 461-4 du Code de commerce en précisant que, lorsque le collège de l'Autorité sollicite les services d'instruction pour un complément d'enquête, ceux-ci sont tenus de déférer à ses demandes.*
- Introduire une obligation de motivation concernant la décision de la formation de jugement de ne pas renvoyer l'affaire.*

II. S'agissant du **contexte juridique**, le fonctionnement de la procédure de transaction devant l'Autorité de la concurrence appelle certaines observations tout comme les relations du droit de la concurrence avec les autres droits économiques.

1) La procédure de transaction devant l'Autorité de la concurrence

Si cette procédure fut bien accueillie par les entreprises au moment de son adoption par la loi Macron dès lors qu'elle apporterait plus de prévisibilité sur les montants minimal et maximal de la sanction pécuniaire envisagée, elle s'avère en réalité moins souple qu'il n'y paraît.

En pratique, lorsque les entreprises se voient notifier des griefs, la transaction ne leur permet pas de discuter les éléments factuels et, plus précisément, de l'étendue et du nombre des griefs notifiés. Elle les contraint à transiger sur le tout et il ne leur est finalement pas possible de négocier le retrait de griefs.

Si l'on examine de plus près le réel fonctionnement du dispositif, il semble se décomposer en deux : dans un premier temps les services d'instruction ont la faculté de procéder à une large notification ce qui revient à multiplier les griefs même quand un doute subsiste ; dans un second temps, il incomberait au collègue d'opérer un tri et de ne retenir que ceux pour lesquels il existe suffisamment d'éléments. Mais en pratique, un tel tri n'est pas garanti. Pour éviter les dérives d'une notification large, il serait opportun **d'introduire une période de discussion avant la notification des griefs à l'instar de la procédure qui existe devant la Commission européenne.**

On relèvera également que l'approche d'une notification large n'est pas sans répercussions au niveau judiciaire. En effet, dès lors que la procédure de transaction acceptée par l'entreprise vaut renonciation à contester les griefs qui lui sont notifiés, on peut craindre que le juge judiciaire considère qu'il existe au minimum une présomption que l'ensemble des griefs notifiés et finalement non contestés par l'entreprise qui a accepté la transaction constitue une faute, plus encore si celle-ci s'est engagée à ne pas exercer de recours comme c'est le cas dans la décision n° 16-D-24 du 8 novembre 2016 relative à la situation du groupe Altice au regard du II de l'article L. 430-8 du Code de commerce.

> Proposition

- Introduire une période de discussion avant la notification des griefs à l'instar de la procédure qui existe devant la Commission européenne.

2) Les relations du droit de la concurrence avec les autres droits économiques

Dans l'ensemble, il ne nous semble pas exister de contradictions entre les droits. Le problème semble résolu par l'indépendance des règles juridiques de chaque matière. Chaque règle est en effet indépendante et doit s'appliquer, il n'y a pas de droit qui prévaut sur les autres. Dans le domaine des procédures collectives par exemple, lorsque le tribunal de commerce adopte un plan de reprise, le repreneur est tenu de notifier son opération à l'Autorité de la concurrence qui l'analyse au regard des règles auxquelles elle est soumise sans prendre en compte le fait que le

tribunal de commerce a choisi, parmi plusieurs offres, celle qui apparaît la plus apte à continuer l'exploitation.

III. S'agissant du contexte politique, de la place du droit de la concurrence français en Europe et dans le monde

Il se pose aujourd'hui un problème de **réciprocité en matière de politique de la concurrence**, alors que de nombreux pays émergents et émergés se sont dotés de lois en la matière, sans suivre l'exemple français ou européen, notamment en matière de contrôle des aides d'État.

Prenons à titre d'exemple la Chine : cette dernière contrôle l'arrivée de nouveaux acteurs étrangers sur son territoire à travers une politique de licences délivrées au compte-gouttes, ce qui est un moyen de protéger ses fabricants et d'exercer une régulation concurrentielle étatique.

Autre fait marquant en matière d'abus de position dominante, les autorités chinoises ont conclu dans une affaire récente que, même si un **concurrent chinois détenait 80 % du marché, le caractère innovant de son offre excluait tout abus. L'analyse concurrentielle est ici directement passée à l'acte constitutif d'abus sans examiner en premier la taille du marché pertinent.**

De même, concernant le contrôle des concentrations, il est faiblement exercé pour les acteurs chinois qui ne soumettent pas de notification ; il n'existe pas vraiment de doctrine de contrôle.

En conséquence, il est impératif que l'État français et l'Europe ne restent pas passifs vis-à-vis des pays étrangers en faisant prévaloir un principe de réciprocité des règles de concurrence dans les relations économiques internationales.

3.11 Cercle Montesquieu / MEDEF (contribution commune)

1. Pratiques anticoncurrentielles / Antitrust

Plusieurs points pourraient être revus afin d'améliorer la protection des parties :

a. Un mécanisme efficace des voies de recours

Mise en place de voies de recours effectives afin de contester les décisions unilatérales de déconfidentialité prises par les autorités de concurrence. L'effectivité des voies de recours est aujourd'hui faible dès lors qu'elle intervient *a posteriori* de la déclassification et alors que le préjudice pour l'entreprise est déjà constitué.

Il convient d'avoir un mécanisme efficace qui permette réellement de s'opposer par une voie juridictionnelle et de manière préalable à la transmission d'informations confidentielles à un tiers. Par ailleurs, on voit aujourd'hui que là où la Commission propose de mettre en place des mécanismes de data room sous son contrôle permettant de concilier l'accès à certaines données considérées comme nécessaires à l'exercice d'un contradictoire, l'Autorité de concurrence procède de manière beaucoup plus binaire par déclassification massive et unilatérale.

Il serait donc utile d'établir un processus de conciliation permettant d'explorer des voies alternatives de type data room, et en cas d'échec de garantir une voie effective de recours sur la décision finale du rapporteur général de l'Autorité avant toute transmission à la partie adverse.

De même la question de la durée des procédures dans le cas d'une mesure d'interdiction est importante. Lorsqu'une interdiction de faire est imposée par les autorités de concurrence puis cassée en dernier ressort, hormis la mise en cause de la responsabilité des autorités, il n'existe aujourd'hui aucun moyen de concilier l'objectif de protection des marchés et l'irréversibilité en pratique de la mesure (dans le secteur des télécoms, on peut citer l'exclusivité sur la vente d'iPhone et la revente d'Orange sport).

b. L'amélioration de la lisibilité du programme de clémence

Nécessité d'une plus grande prévisibilité en phase préalable de la procédure permettant à un acteur de connaître rapidement son apport à la procédure et donc son rang dans des délais lui permettant de ne remettre sa qualité de défenseur alors qu'il serait incriminé par l'Autorité.

Une harmonisation est à cet égard nécessaire entre droits européens et droit français notamment quant à l'éligibilité à la procédure de clémence. Dans un cas, l'instigateur est éligible et dans l'autre pas.

c. Le renforcement des mécanismes de coopération des autorités nationales

Nécessité d'une meilleure coordination entre les autorités nationales de concurrence quand il leur arrive d'enquêter sur le même domaine. Exemple de dawn raid de la DG Comp sur un sujet déjà traité au niveau national pour saisir des documents qui étaient déjà disponibles à 80 % auprès de l'ADLC (cas de l'enquête de connectivité). Se pose la question de la formalisation plus forte de la coopération entre les autorités nationales de concurrence avant toute action dès lors que de simples demandes de la DG concurrence auprès de l'ADLC peuvent permettre de disposer de la quasi-totalité des éléments saisis.

d. Des conditions de prolongations des procédures plus strictes

Aujourd'hui, un simple acte d'instruction dans la période de 3 ans permet de relancer d'autant une procédure de concurrence sans que des conditions particulières, ou strictes soient imposées sur les modalités et la motivation de ces actes interrompant la prescription.

Il n'existe donc, au-delà de la jurisprudence sur les délais raisonnables en matière de justice qui sont appréciés au cas par cas avec un effet souvent platonique, aucun dispositif contraignant les autorités de concurrence à devoir réellement arbitrer entre la nécessité de prolonger une action ou un non-lieu.

Or, cette absence de contrainte formelle sur les conditions de prolongation des procédures crée une insécurité juridique pour les acteurs économiques concernés, d'autant que des procédures concurrence peuvent s'accompagner de demandes indemnitaires lourdes qui, faute d'une réponse diligente des autorités, peuvent peser durablement sur les comptes des entreprises visées à tort par une plainte.

e. La réévaluation du droit de la concurrence à l'aube des pratiques internationales

Le droit de la concurrence est irrigué par des concepts venus d'outre-Atlantique (squeeze, ou plus récemment la net-neutralité) et qui finalement sont abandonnés par les États qui les ont initialement poussés.

Or, ces règles conduisent parfois à renforcer artificiellement les contraintes économiques qui pèsent sur les acteurs européens, alors même que leurs concurrents non européens peuvent y échapper.

Il convient donc d'avoir des mécanismes imposant une réévaluation périodique de la pertinence des outils du droit de la concurrence utilisés par les autorités.

2. Les aides d'État

a. Justification d'un contrôle des aides d'État

- L'interdiction des aides d'État remonte à la création du marché commun. Cette interdiction se justifiait par la volonté des États fondateurs de mettre en place une concurrence juste entre les entreprises qui allaient être amenées à se concurrencer sur ce nouveau marché sans frontière ni barrière. Les aides d'État étaient alors perçues comme un avantage injustifié octroyé par un État afin de favoriser une entreprise ressortissante nationale.
- Depuis 1993, le marché commun n'existe plus et s'est transformé en marché intérieur (marché unique). Cette transformation est le témoignage de l'évolution de l'Union européenne : les entreprises européennes ne sont plus en concurrence entre elles, mais elles

sont réunies au sein d'un marché unique en concurrence avec les marchés américain, chinois, russe, etc.

- Ainsi, la justification initiale d'un contrôle des aides d'État en Europe semble dépassée au regard de la réalité à laquelle doivent faire face, dans de nombreux secteurs, les entreprises européennes en concurrence avec des entreprises américaines ou chinoises très largement financées par leurs États à des fins de protectionnisme.

b. Les aides d'État comme instrument de concurrence

- Bien que le protectionnisme soit proscrit par la plupart des traités internationaux signés par l'Union européenne et ses États membres, il semble qu'une approche pragmatique impose un regard neuf sur la modernisation du contrôle des aides d'État.
- Les aides d'État ou les aides des États européens devraient permettre de financer les grands projets européens de recherche et développement et devraient aussi permettre le financement des politiques de relance de l'économie. En effet, du fait de la réglementation en vigueur, un new deal à l'européenne est aujourd'hui impossible.
- Ainsi, les nouvelles règles des aides d'État devraient permettre :
 - aux entreprises européennes de concurrencer les entreprises non européennes sur un pied d'égalité (restauration de la concurrence) ;
 - aux États membres de financer des politiques européennes d'investissements (développement de la compétitivité).

c. Fin de la notification et du bloc d'exemption

Le bloc d'exemption se justifiait dans un contexte de surveillance de la politique des États membres. Dans un contexte de promotion des aides d'État comme instrument de financement des politiques européennes d'investissement le bloc d'exemption ne se justifie plus et le système devrait même passer à un bloc de non-exemption avec un contrôle a

posteriori de l'abus d'aides d'État dans le cas où cela entraînerait une rupture d'égalité entre entreprises.

3. Le contrôle des concentrations

De manière générale, des efforts de simplification ont été réalisés par la Commission Européenne notamment avec la proposition d'exclure du champ du Règlement de concentration les entreprises communes – *Joint Ventures* – opérant en dehors de l'Union européenne. Toutefois des évolutions demeurent nécessaires pour adapter les règles de concurrence aux enjeux posés par le contrôle des concentrations.

a. Seuils de contrôle

Le droit des concentrations apparaît de moins en moins adapté à la nouvelle économie et n'est parfois plus en mesure d'appréhender des opérations de grande envergure sur la base des règles en vigueur.

Ainsi dans le secteur de l'économie numérique par exemple, les Over the top services (OTT) – services de distribution de contenus par le contournement – notamment mènent une politique de rachats de start-up et préemptent l'innovation sans les mêmes contraintes que celles qui s'imposent aux autres entreprises. Ainsi, depuis 2010, d'après les informations disponibles publiquement, Google aurait pris des participations dans 111 start-up, Apple dans 39, Facebook dans 53, Twitter dans 38, Amazon dans 31 et Microsoft dans 44¹⁶⁹.

(169) <http://www.webmarketing-conseil.fr/la-liste-des-entreprises-rachetees-par-facebook/>
<http://www.webmarketing-conseil.fr/liste-entreprises-rachetees-google/>
<http://www.webmarketing-conseil.fr/liste-entreprises-rachetees-twitter/>
<https://www.crunchbase.com/organization/amazon/acquisitions>
https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_mergers_and_acquisitions_by_Amazon.com
https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_mergers_and_acquisitions_by_Microsoft

Ces acteurs du numérique globalisés rachètent des entreprises plus petites qui sont souvent aussi globalisées ou qui ont le potentiel de le devenir. Ces opérations ont des effets potentiels importants sur le marché car elles renforcent les positions de marché des OTTs et leur donnent un fort potentiel d'entrer dans des nouveaux marchés innovants connexes à croissance rapide (maisons connectées, intelligence artificielle, e-commerce, messagerie instantanée, etc.). Ces entreprises ont une valeur de marché très élevée grâce à leurs biens incorporels (base de données, brevets, software, algorithmes, etc.), mais cette valeur ne se matérialise pas dans leur chiffre d'affaires, qui reste très bas ou inexistant. Ces opérations échappent donc aux règles de contrôle de concentrations malgré leurs effets sur le marché.

À titre d'illustration, on peut citer quelques exemples de ce type d'opérations dans le secteur de l'économie numérique, l'achat :

- par Groupon de MyCityDeal pour environ 100 millions de dollars en 2010 ;
- par Google de DailyDeal pour environ 100 millions de dollars en 2011 ;
- par Google de Waze pour environ 1 milliard de dollars en 2013 ;
- par Google de Nest Labs pour 3,2 milliards de dollars en 2014 ;
- par Google de DeepMind Technologies LTD pour environ 500 millions de dollars en 2014 ;
- par Google de Dropcam pour 555 millions de dollars en 2014 ;
- par Google de Dark Blue Labs et Visual Factory en 2014 pour plusieurs dizaines de millions d'euros ;
- par Google de Revolv en 2014 ;
- par Google de Skybox Imaging pour 500 millions de dollars en 2014 ;
- par Facebook d'Oculus Rift pour 2 milliards de dollars en 2014 ;
- par Microsoft de Mojang pour 2,5 milliards de dollars en 2014 ;
- par Google de Moodstocks en 2016 ; etc.

Dès lors, dans le secteur du numérique notamment, il peut être constaté que le système de seuils actuellement en vigueur, fondé sur le chiffre d'affaires, n'est plus forcément pertinent. Par ailleurs, pour les opérateurs non européens, du fait de l'optimisation fiscale pratiquée, il existe un risque réel de voir le chiffre d'affaires attribué au périmètre européen minoré et ne représenter qu'une faible partie de l'activité réelle de ces sociétés.

Dans ces conditions, la mise en place d'un seuil alternatif relatif à la taille de la transaction dès lors que les parties ont une présence ou des activités dans le territoire de l'UE, indépendamment de leur chiffre d'affaires apparaît nécessaire. Cette proposition s'inscrit parfaitement dans le cadre des réflexions en cours au sein de l'Autorité de la concurrence et de la Commission européenne qui réfléchissent à des pistes de réflexions allant dans cette même direction. Le niveau de la valeur de l'opération devrait être suffisamment élevé pour saisir une opération importante (de l'ordre par exemple de 3 milliards), sans pour autant entraver les investissements.

En outre, l'opération devrait être notifiable dès lors que les parties ont une présence ou des activités dans le territoire de l'UE. Il faudrait également prévoir les mécanismes de renvoi pertinents afin d'assurer le maintien du système du guichet unique dans le cas où certains États membres introduiraient aussi des seuils basés sur la valeur de l'opération.

Les mécanismes de renvoi prévus par le Règlement de contrôle de concentrations ne donnent ainsi pas satisfaction aux lacunes évoquées ci-dessus car leur fonctionnement dépend en grande mesure des seuils prévus par les États membres, qui sont hors du contrôle de la Commission.

b. Renvoi d'affaires

S'agissant des renvois d'affaires, le système actuel donne globalement satisfaction.

Cependant, dans un souci de sécurité juridique et afin d'améliorer l'efficacité du système et ainsi lever toutes les incertitudes, il convient d'assurer un dispositif permettant d'éviter les risques de contrariété de décisions entre autorités de concurrence nationales comme dans le cas Eurotunnel. Notamment dans le cas où une même affaire est notifiée dans plusieurs États.

c. Clarification sur les échanges entre parties

Dans sa décision n° 16-D-24 de gun-jumping dans l'opération Numéricâble/SFR, l'Autorité de la concurrence adopte une approche très limitative quant aux échanges d'informations dans le cadre d'une opération de concentration.

Cette décision comporte des incertitudes :

- i. sur la période « suspensive » (début de la signature de l'offre ou à partir de la notification)
- ii. sur la manière dont les informations peuvent être échangées.

Pour les informations stratégiques, l'Autorité renvoie aux Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 TFUE et indique que lesdites informations ne sauraient être divulguées à des salariés de l'entreprise acquéreur qu'après retraitement. Deux constats :

- force est de constater que le règlement européen n'interdit pas l'existence de « clean teams » impliquant des salariés de l'entreprise ;
- l'Autorité précise ainsi que les juristes d'entreprises ne pourraient pas être destinataires d'informations stratégiques non retraitées. Cela s'inscrit à contre-courant de toute possibilité visant à permettre aux juristes d'entreprise de bénéficier du secret professionnel.

Même si l'autorité a pu, de manière non formelle, rassurer les acteurs économiques sur la portée de sa décision, une mise en cohérence entre l'approche communautaire et nationale serait nécessaire pour éviter une insécurité juridique très préjudiciable pour les entreprises.

d. Encadrement du délai d'analyse des opérations par les autorités

L'article L. 430-5 du Code de commerce prévoit que « l'Autorité de la concurrence se prononce sur l'opération de concentration dans un délai de vingt-cinq jours ouvrés à compter de la date de réception de la notification complète ».

La qualification de la complétude du dossier relevant des autorités de concurrence, il convient d'assurer une plus grande sécurisation de la période de prénotification sur ce point en précisant les informations qui sont requises ou indispensables, et dont la communication n'est pas motivée par la seule meilleure compréhension du dossier.

Les autorités pouvant avoir une tentation de prolonger cette phase pour disposer d'un délai d'analyse contraint par les textes postnotification plus confortable.

La procédure de contrôle de concentrations prévue par le Règlement européen donne globalement satisfaction. Cependant, des améliorations sont possibles concernant les demandes d'informations (« RFI ») et les délais prévus en phase 2, notamment ceux relatifs aux engagements.

Concrètement, les informations demandées par la Commission et plus généralement les autorités de la concurrence sont parfois trop éloignées de l'opération, tant par leur ancienneté comme par leur contenu. En effet, des informations datant de plus de 3 ans ne sont pas forcément utiles à l'analyse de l'opération sauf dans des cas exceptionnels. De même, parfois l'ampleur des informations demandées ne se justifie pas au regard des besoins de l'analyse concurrentielle. Dans ces conditions, l'obligation de répondre aux RFI peut s'avérer disproportionnée, d'autant que les délais prévus sont extrêmement courts. En outre, les RFI ne sont pas toujours cohérents et systématiques. Les case-teams devraient s'assurer que les différents sujets sont traités de manière groupée sans répéter les questions.

De même, l'absence de possibilité pour les parties notifiantes de disposer d'une possibilité de solliciter un « stop the clock », conduit à une asymétrie face aux autorités dans le cas d'une réponse sur des demandes de remèdes dans des délais très courts sur des points pouvant avoir un impact déterminant sur une opération de concentration.

Faute d'un tel dispositif, les délais prévus pour l'analyse des engagements en phase 2 ne sont pas forcément adaptés. La procédure dévoue beaucoup de temps à l'analyse des effets de l'opération mais pas assez à l'analyse des engagements. En effet, la discussion sur les engagements arrive tard dans la procédure et les parties n'ont pas assez de temps

pour analyser le scénario résultant de l'opération avec les engagements. Étant donné que les besoins peuvent changer d'une opération à l'autre, prévoir plus de flexibilité dans les délais en phase 2 pourrait contribuer à améliorer cette situation. De même, il conviendrait d'étudier la possibilité de passer directement en phase 2 sans attendre l'écoulement du délai de la phase 1 dans les opérations où les problèmes de concurrence sont manifestes et l'ouverture d'une phase 2 s'avère nécessaire avant la fin de la phase 1.

3.12 DGCCRF, Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

La célébration du trentième anniversaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, est l'occasion de dresser un bilan de l'efficacité du fonctionnement des instruments mis en place par les pouvoirs publics pour lutter contre les pratiques restrictives de concurrence (1) et les pratiques anticoncurrentielles (2). Le rôle du commissaire du Gouvernement (3) devant l'Autorité de la concurrence (ADLC) est également examiné.

1°) La lutte contre les pratiques restrictives de concurrence

1.1 Création et évolution du droit des pratiques restrictives de concurrence

Le droit des pratiques restrictives de concurrence occupe une place originale au sein du droit de la concurrence, une place parfois contestée mais une place à part entière où le rôle du ministre chargé de l'Économie et de la DGCCRF est particulièrement important. La lutte contre les pratiques restrictives de concurrence a justifié la mise en place d'un mécanisme original : un pouvoir d'action autonome du ministre de l'Économie et la possibilité pour celui-ci de solliciter la condamnation d'une partie à une amende civile.

L'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (devenu l'article L. 442-6 du Code de commerce) a en effet introduit la sanction civile des pratiques restrictives de concurrence. Les pratiques visées en 1986 concernaient l'interdiction des pratiques discriminatoires, le refus de vente et les ventes liées.

À cette époque, le législateur, ayant procédé à la dépénalisation de certaines pratiques, avait souhaité que ce mouvement ne laisse pas les victimes désarmées par la difficulté de rapporter la preuve des pratiques dénoncées et la crainte des mesures de représailles. C'est pourquoi l'article 36 a prévu une procédure permettant au Parquet, au ministre chargé de l'Économie et au président du Conseil de la concurrence¹⁷⁰ de

(170) Exercé une seule fois.

demander la cessation des agissements litigieux et le paiement d'une amende civile. Les pouvoirs du ministre de l'Économie se sont progressivement étendus.

Sans revenir sur les diverses lois qui ont contribué à renforcer l'action du ministre (NRE de 2001 avec la possibilité d'exiger la répétition de l'indu, LME de 2008 avec la création de la notion de déséquilibre significatif), il convient néanmoins de noter que la loi sur la consommation du 17 mars 2014, puis les lois croissance d'août 2015 et transparence de 2016, ont renforcé non seulement les moyens octroyés à la DGCCRF, mais également le niveau des sanctions et le caractère dissuasif de l'action du ministre. L'effectivité de l'action publique a également été améliorée par l'attribution d'un pouvoir d'injonction qui permet à la DGCCRF d'intervenir au plus tôt pour faire corriger les comportements abusifs. Au total, 400 injonctions ont été prononcées à ce jour.

1.2 Bilan et enjeux

En 30 ans d'existence, le droit des PCR s'est ainsi considérablement développé, étoffé et enrichi d'une jurisprudence abondante. Pour autant, avec 30 ans de recul, il n'est peut-être pas inutile de s'interroger sur l'opportunité d'une réglementation spécifique des relations commerciales. D'abord, la France fait plutôt figure d'exception en Europe (et dans le monde) sur ce point et la plupart des pays n'ont pas de règles spécifiques régissant les relations commerciales, au-delà du droit commun des contrats, qui vient d'ailleurs en France d'adopter la notion de déséquilibre significatif. Ensuite, une vision rénovée du droit des PCR pourrait contribuer à l'ébauche d'un instrument juridique communautaire auquel la Commission semble réfléchir.

Les filières qui sont le plus souvent l'objet du droit des PCR se caractérisent par un aval plutôt concentré (par exemple : la grande distribution) et un amont plus atomisé (par exemple : les industries du secteur des PGC – produits de grande consommation), voire très atomisé (par exemple : agriculteurs et éleveurs). Le droit des PCR s'applique donc de manière privilégiée là où s'exerce une forte puissance d'achat.

Dès lors, quelle est la justification d'une intervention de l'État dans le contrat (la « loi des parties ») et d'une saisine du juge par le ministre de l'Économie, sans qu'une partie ne le demande ?

À l'origine, en 1986, il y avait certainement un objectif de protection de la partie faible dans une relation déséquilibrée, partie faible n'osant pas saisir le juge et à laquelle le ministre venait se substituer. Dans cette approche, la logique de l'intervention du ministre était similaire à celle prévalant dans le code de la consommation¹⁷¹, et désormais en droit civil : celle de l'ordre public de protection.

Pour autant, le ministre de l'Économie n'a pas pour l'essentiel un rôle de protection du fort contre le faible, même s'il peut également jouer ce rôle. Il est avant tout le gardien de l'ordre public économique : son rôle est d'assurer un ordre public de direction et d'intervenir lorsque les pratiques illicites portent atteinte au bon fonctionnement du marché.

À la lumière de cette approche, l'enjeu d'une action publique dans les relations commerciales est donc d'analyser le déséquilibre significatif en ce qu'il caractériserait un impact négatif de la puissance d'achat, dommageable à l'économie.

De manière générale, la puissance d'achat a des effets positifs sur l'économie : elle contribue à éliminer des rentes à l'amont, à faire baisser les prix et à augmenter la consommation (pour peu que la concurrence existe à l'aval), elle oblige les fournisseurs à innover pour se différencier ou être plus efficaces...

La puissance d'achat devient problématique, d'un point de vue économique, lorsque son exercice élimine des entreprises par ailleurs efficaces¹⁷² ou qu'elle comprime à ce point les marges à l'amont qu'elle provoque un impact négatif sur l'investissement, l'innovation et l'efficacité économique des entreprises, ce qui *in fine* est susceptible de pénaliser toute la chaîne de valeur, jusqu'au consommateur.

(171) Il s'agit de protéger une partie réputée faible (le consommateur vis-à-vis du professionnel, celui qui rédige un contrat d'adhésion et celui qui l'accepte sans marge de négociation) contre une partie réputée forte.

(172) La disparition des fournisseurs inefficaces fait, elle, partie du processus concurrentiel normal.

C'est ce que décrit la Commission européenne dans sa communication intitulée « Lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises » du 15 juillet 2014¹⁷³.

La puissance d'achat est également un aspect que le juge prend en compte pour la fixation de l'amende civile, en intégrant, aux côtés de la gravité du comportement en cause, le dommage à l'économie (CA Paris, 1^{er} juillet 2015, Galec).

1.3 Perspectives

Le déséquilibre significatif au sens du Code de commerce n'est pas pour l'essentiel, ou en tout cas pas de manière exclusive, la protection des intérêts d'une partie contre une autre, mais principalement la protection de l'économie dans son ensemble, de l'efficacité d'une filière et *in fine* du bien-être du consommateur. L'objectif de la lutte contre le déséquilibre significatif est identique à celui poursuivi par la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, mais en recourant à d'autres moyens.

Dans son avis n° 15-A-06 du 31 mars 2015 sur le rapprochement des centrales d'achat, l'Autorité de la concurrence a souligné le risque que la puissance d'achat d'un distributeur limite l'offre ou réduise l'incitation des fournisseurs à innover ou à investir, mais a aussi relevé qu'il existe peu d'études empiriques permettant de déterminer l'impact d'une hausse du pouvoir de négociation des distributeurs sur l'innovation des fournisseurs. C'est aussi une question que la DGCCRF a essayé d'approfondir dans le cadre de l'action du ministre en matière de pratiques restrictives de concurrence, mais sur laquelle il manque encore des outils d'analyse.

Les centrales d'achat sont passées de 9 à 6 en 2015, et la question des effets de la puissance d'achat sur l'investissement et l'innovation à l'amont – ainsi sur l'emploi – deviennent de plus en plus sensibles. Deux

(173) « Les PCD peuvent avoir des conséquences négatives, en particulier pour les PME de la chaîne d'approvisionnement alimentaire. Elles peuvent nuire à la capacité des PME de survivre sur le marché, de réaliser de nouveaux investissements financiers dans des produits et des technologies et de développer leurs activités transfrontalières sur le marché intérieur » (COM 2014 472 final).

outils concourent à appréhender la puissance d'achat au regard de la concurrence : le contrôle des concentrations, dans son rôle préventif, et le droit des PCR, dans un rôle curatif ou palliatif. Les outils analytiques communs à ces deux instruments ont certainement besoin d'être affinés, pour pouvoir traiter les problématiques relatives à la puissance d'achat de manière pertinente, en l'encadrant lorsqu'elle a des effets négatifs, mais en la laissant s'exercer lorsqu'elle a des effets positifs. C'est un chantier qui mériterait d'être exploré.

Par ailleurs, il conviendrait certainement d'alléger et de recentrer les pratiques actuellement appréhendées sous la notion de déséquilibre significatif. Le titre IV s'est construit par strate, souvent dans des contextes de crise ou de tension dans les filières, parfois un peu passionnés. Il en résulte un ensemble assez touffu, manquant de lisibilité et comportant des dispositions d'intérêt inégal. Le texte contient également un grand nombre d'interdictions per se, qui sont apparues au fil du temps et des pratiques mises en œuvre par la grande distribution notamment.

La notion de déséquilibre significatif, introduite en 2008, a été reprise par le nouveau Code civil. La prohibition du déséquilibre significatif, portée par l'action du ministre, constitue un outil efficace, souple et adaptable à toutes les pratiques et configurations économiques. De ce point de vue, cette notion est comparable au concept d'abus de position dominante, introduit dans le Traité de Rome en 1957 et sans aucune modification depuis.

La mécanique du déséquilibre significatif, telle qu'elle découle de la loi et de la jurisprudence, diffère de celle de l'abus de position dominante. En droit de la concurrence, le raisonnement s'effectue en deux temps : en établissant d'abord l'existence d'une position dominante, pour examiner ensuite si l'entreprise en cause a abusé de cette position dominante. Le raisonnement en droit des PCR est différent : l'existence d'un déséquilibre entre les parties se déduit du déséquilibre du contrat.

Ainsi, des multinationales, qui amortissent leurs investissements sur des marchés beaucoup plus larges que le marché français, peuvent tout à fait se prévaloir de l'article L. 442-6, alors même que l'issue de la négociation peut n'avoir qu'un faible impact sur leur politique d'investissement ou leur capacité d'innovation au niveau mondial.

Face à cette problématique, d'aucuns ont évoqué l'idée de réserver le bénéfice du droit des PCR aux seules PME. Mais cette approche introduit des effets de seuil, ce qui est rarement souhaitable et présenterait un risque de sélection adverse, au détriment des PME. Une alternative pourrait consister à d'abord établir l'existence d'un déséquilibre significatif entre les parties au contrat, pour ensuite s'assurer qu'il n'y a pas eu d'usage abusif de cette situation déséquilibrée par l'une des parties (à l'image de ce qui se pratique en matière d'abus de position dominante).

Au-delà de ces réflexions sur l'analyse économique de la puissance d'achat et sur la notion de déséquilibre significatif, certaines dispositions posent des difficultés. C'est le cas de la rupture brutale des relations commerciales par exemple. Initialement conçu pour protéger les fournisseurs contre les déréférencements abusifs des grands distributeurs, assortis de préavis très brefs susceptibles d'empêcher toute reconversion, l'article L. 442-6 I 5° connaît depuis son entrée en vigueur une grande expansion. Et l'interprétation jurisprudentielle du texte a conduit semble-t-il à plusieurs dérives, et notamment celles d'augmenter la durée des préavis et le coût des indemnités ce qui n'incite pas les partenaires à faire jouer la concurrence même lorsque celle-ci serait *in fine* bénéfique pour le consommateur.

Il apparaît aujourd'hui souhaitable de rechercher un nouvel équilibre des intérêts en présence dans un souci d'équité, de cohérence, d'efficacité économique et, plus simplement, pour permettre à la concurrence entre fournisseurs de s'exercer, sans protéger excessivement les fournisseurs en place par rapport à leurs concurrents.

Le droit des PCR demeure donc un outil indispensable dans notre paysage juridique (c'est le seul instrument permettant de traiter efficacement de l'impact concurrentiel de la puissance d'achat, une fois que celle-ci s'est constituée), mais, au fil des réformes législatives successives des trente dernières années, ce droit a perdu de sa lisibilité et, très certainement, de sa cohérence.

La nécessité de clarifier les objectifs poursuivis par la loi apparaît donc, afin de recentrer cet instrument vers un objectif de politique de concurrence, visant à l'efficacité économique, l'investissement et l'innovation

tout le long des filières, au bénéfice des entreprises, des consommateurs et de l'emploi. Il apparaît également nécessaire de clarifier et simplifier cette branche du droit, afin que chaque acteur connaisse ses droits et obligations et qu'il s'y conforme. Cela implique enfin de développer et affiner les outils d'analyse économique, pour dépasser le formalisme juridique et pouvoir appréhender de manière pertinente ce phénomène complexe qu'est la puissance d'achat.

2°) Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles

Avec l'entrée en vigueur de la loi de modernisation de l'économie au début 2009, le système français de régulation de la concurrence est parvenu à maturité. L'Autorité de la concurrence dispose de la plénitude des pouvoirs sur le droit de la concurrence, au même titre que ses homologues européens. Pour autant, et c'est là encore une originalité en Europe, le ministre, au travers de la DGCCRF, conserve un rôle important dans le domaine du droit de la concurrence et la compétence en matière de politique de concurrence. La DGCCRF est chargée de détecter les indices de pratiques anticoncurrentielles (PAC), de réaliser des enquêtes et de sanctionner les pratiques locales.

2.1 Détection des indices de PAC, réalisation des enquêtes et sanction des pratiques locales

La DGCCRF bénéficie d'un réseau d'enquêteurs, répartis sur le territoire national, qui visitent au quotidien des entreprises dans le cadre de leurs différentes missions (protection économique des consommateurs, PCR, sécurité des produits alimentaires et non alimentaires, etc.). Le réseau local de la DGCCRF est bien identifié par les entreprises, les consommateurs et les collectivités locales. Les enquêteurs qui le constituent sont formés à la concurrence et sont en prise quotidienne avec « l'économie réelle » ; ils collectent de nombreux « indices de pratiques anticoncurrentielles », qui après analyse et filtrage sont transmis au rapporteur général de l'ADLC, lequel peut décider ou non de prendre en charge l'enquête. Si tel n'est pas le cas, la DGCCRF réalise elle-même l'enquête.

Ce dispositif particulier, articulant les pouvoirs de l'ADLC avec ceux de la DGCCRF, est issu de la réforme introduite par l'ordonnance du 13 novembre 2008. Sur la période de 2009 à 2016, la DGCCRF a transmis près de 700 indices de pratiques anticoncurrentielles à l'ADLC, que cette dernière a pris en charge dans un quart des cas. Les autres indices, c'est-à-dire 75 %, ont donné lieu à des enquêtes conduites par la DGCCRF, qui se sont conclues, sur la même période, par plus de 400 rapports dont près de 200 ont mis en évidence des pratiques anticoncurrentielles.

Cette complémentarité se retrouve à l'issue des investigations, au stade de la sanction des pratiques. Ainsi, parmi les rapports de la DGCCRF, un peu plus de 30, constatant des PAC nationales, ont été pris en charge par l'ADLC. Sur la période 2009-2016, près de la moitié des décisions de sanction prononcées par l'ADLC ont ainsi pour origine une enquête réalisée par la DGCCRF et singulièrement, en 2016, 10 des 12 décisions sanctionnant des pratiques anticoncurrentielles proviennent d'une enquête entièrement réalisée par la DGCCRF.

Lorsque les rapports mettent en évidence des PAC locales, la DGCCRF donne les suites appropriées aux pratiques relevées, pour lesquelles elle délivre selon les cas une transaction et/ou une injonction. Ce dispositif relativement récent, créé par l'ordonnance du 13 novembre 2008, résulte du constat qu'il n'existait antérieurement aucun outil de prévention et de sanction adapté à ces affaires. Cette procédure d'injonction et de transaction au profit du ministre de l'Économie et, par délégation, de la DGCCRF est mise en œuvre de manière soutenue. Ainsi, depuis la première affaire réglée de cette manière en 2010, la DGCCRF a rendu 55 décisions concernant plus de 120 entreprises.

À noter que la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques permet désormais à l'ADLC de rejeter une saisine, lorsque les faits invoqués constituent des pratiques anticoncurrentielles locales, qui peuvent à ce titre être traitées par la DGCCRF en application de l'article L.464-9 du Code de commerce. Cette disposition nouvelle permet de renforcer la complémentarité entre les deux institutions.

Ainsi, par rapport à d'autres autorités de concurrence en Europe, qui sont alimentées par les plaintes et la clémence, le système français permet à

l'ADLC dispose de trois sources alimentant son action. Cette spécificité française n'est probablement pas étrangère à la performance remarquée de l'ADLC au sein du réseau européen de concurrence.

2.2 Pistes de réforme

2.2.1 Renforcement du rôle du conseiller auditeur

L'expérience montre que la fonction de conseiller auditeur n'est pas concluante. Cette situation provient de l'étroitesse de ses pouvoirs : sa mission est consultative et son pouvoir d'influence a des contours limitativement définis (intervention uniquement dans les affaires où des griefs ont été notifiés et pour des faits postérieurs à la notification de griefs). Cette limitation le prive d'action sur une partie importante du contradictoire (engagements, propositions de non-lieu, mesures conservatoires, rapports de suivi d'injonctions ou d'engagements, etc.), alors que cette intervention pourrait être salutaire pour les parties. Ainsi l'intervention du conseiller auditeur pourrait être étendue à la phase d'enquête et d'instruction.

2.2.2 Encadrement des délais de production des rapports des services de l'instruction

Il pourrait être envisagé d'encadrer le délai de réalisation des rapports par les services d'instruction (par exemple : délai de cinq mois au plus après la notification des griefs). La loi n'encadre pas le délai dans lequel le rapporteur produit son rapport aux parties alors que ces dernières sont tenues de fournir leurs observations dans un délai de 2 mois après la notification de griefs. Outre l'accélération de la procédure, cette mesure serait de nature à rétablir une certaine égalité entre les parties et les services de l'instruction dans le déroulement de la procédure.

2.2.3 Abandon de grief par les services de l'instruction de l'ADLC

Le collègue de l'ADLC pourrait ne plus être obligé de se prononcer sur un grief abandonné par le rapporteur au cours de l'instruction, le plus souvent après l'analyse des observations fournies par les parties en réponse à la notification des griefs. Ainsi, alors que le débat contradictoire permet aux rapporteurs d'abandonner un grief au stade du rapport, la loi oblige l'ADLC à prendre position sur le grief abandonné. Une telle réforme permettrait au collègue d'accélérer les débats en séance et d'alléger la décision. Le saisissant ne serait pas pour autant privé de recours sur les griefs abandonnés.

2.2.4 Conditions de consultation de l'ADLC par des organismes professionnels sur un projet législatif.

Dans la mesure où l'article L. 462-1 du Code de commerce n'interdit pas formellement à une organisation professionnelle de soulever une question de concurrence sur un projet de loi, la rédaction actuelle de cet article pose une difficulté en cas de saisine de l'ADLC sur des projets de loi déjà adoptés en conseil des ministres et déposés sur le bureau d'une des chambres du Parlement. Dans un souci de cohérence du travail gouvernemental et du processus législatif, cette faculté paraît devoir être réservée au Gouvernement et aux commissions parlementaires.

3°) Rôle du commissaire du Gouvernement

La fonction de commissaire du Gouvernement a été instituée avec la création du Conseil de la concurrence par l'ordonnance du 1er décembre 1986. La présence du ministre de l'Économie devant l'ADLC est due à plusieurs facteurs. Historiquement et avant la création du Conseil de la concurrence en 1986, il appartenait au ministre de l'Économie de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles après avis de la Commission technique des ententes jusqu'en 1977 puis de la Commission de la concurrence à partir de 1977 jusqu'en 1986. La sanction était une prérogative du Gouvernement.

Avec l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le pouvoir de sanction a été confié au Conseil de la concurrence mais le ministre disposait du droit de saisir le Conseil et de former un recours contre les décisions de celui-ci.

Depuis la réforme de 2008, le rôle du commissaire du Gouvernement a en grande partie évolué, il ne « défend » plus ses saisines et ne propose plus de sanction au collègue. Pour autant, cette institution, là encore originale au sein du paysage concurrentiel, a perduré, car elle présente de nombreux avantages :

- elle permet à l'exécutif d'exprimer son point de vue, de passer ses messages, de manière transparente et soumise au débat contradictoire ;
- elle contextualise l'affaire : cela permet de confronter le droit de la concurrence aux autres aspects de la politique économique et à l'intérêt général ;
- elle a un regard neutre et équilibré sur une affaire.

Il pourrait se révéler intéressant, pour la politique de concurrence et sa contribution à la politique économique, de donner davantage d'écho à l'apport et à la contribution du commissaire du Gouvernement auprès de l'ADLC et de mieux mettre en exergue le rôle d'« avocat de la concurrence » tenu par le ministre de l'Économie. Ce pourrait être par exemple le cas en faisant figurer la contribution du commissaire du Gouvernement dans le rapport annuel de l'ADLC ou dans un rapport annuel établi par la DGCCRF sur la politique de concurrence.

En trente ans, le droit des PCR a acquis sa légitimité, mais a montré l'intérêt d'une modernisation. La DGCCRF souhaiterait vivement pouvoir prolonger discussions et échanges de vues autour des différentes pistes de réflexion et de travail développées dans le présent document.

De son côté, le nouvel équilibre institutionnel relatif au droit des pratiques anticoncurrentielles, issu de la LME, semble avoir atteint objectifs et maturité. La DGCCRF recommande de poursuivre la recherche de pratiques faussant le jeu de la concurrence et la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles sur ces nouvelles bases.

3.13 UFC-Que choisir

Le 30^e anniversaire de la publication de l'Ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence est l'occasion pour l'UFC-Que Choisir de dresser un bilan sur les apports du droit de la concurrence quant aux enjeux consuméristes et d'envisager des pistes d'améliorations pour l'avenir.

À titre liminaire, il convient de citer les propos d'Emmanuel Combe¹⁷⁴ dans un article de 2008 intitulé à juste titre : « Consommateurs, les ententes vous spolient ». Il relevait que « ces pratiques sont injustifiables économiquement et elles sont contraires à l'esprit de l'économie de marché. Elles ne génèrent aucune contrepartie positive pour les consommateurs, mais conduisent à des augmentations de prix substantielles : de l'ordre de 20 % en moyenne, sur une durée de vie (du cartel) de l'ordre de 6 à 7 ans... pour celles qui se font prendre. Elles ne transfèrent pas seulement de la richesse des consommateurs aux entreprises mais, plus grave, elles conduisent certains consommateurs à renoncer de consommer ». Emmanuel Combe notait¹⁷⁵ que la probabilité de 15 % de détection des cartels semblait l'approximation la plus couramment retenue par les chercheurs : **« Cela revient à dire que les sanctions, pour être vraiment dissuasives, devraient atteindre au moins 6 fois le gain illicite ! Autant dire que l'on en est loin et que les amendes, dans le meilleur des cas, viennent confisquer le profit illicite mais sans aller au-delà : la fonction dissuasive des sanctions est délaissée, au profit de sa seule fonction restitutive. Dans ces conditions, on ne sera pas étonné par les comportements de récidives de certaines entreprises, notamment au niveau communautaire. »**

L'UFC-Que Choisir partage le constat du vice-président de l'Autorité de la concurrence sur la sous-dissuasion des amendes infligées aux auteurs des pratiques anticoncurrentielles. Nous pensons que l'indemnisation des consommateurs suite aux pratiques anticoncurrentielles n'intervient **que de façon trop parcellaire et tardivement en France.**

(174) Emmanuel Combe, « Consommateurs, les ententes vous spolient », Telos, 14 avril 2008.

(175) Ibid.

En vertu du principe du *follow on*, pour mener une action de groupe en droit de la concurrence, il faut déjà obtenir une décision constatant un manquement aux règles de la concurrence et qui « n'est plus susceptible de recours pour la partie relative à l'établissement des manquements » (article L. 623-24, alinéa 1^{er} du Code de la consommation).

Si l'on prend l'exemple du cartel des lessives, l'Autorité de la concurrence a démontré dans sa Décision n° 11-D-17 du 8 décembre 2011, que ce cartel avait conduit pendant 6 ans à une augmentation artificielle du prix de ce bien « occupant une place significative dans le panier des ménages »¹⁷⁶. Mais quels consommateurs ont gardé leurs tickets de caisse de lessive sur la période (1997-2004) ? Si, par chance, on arrive à trouver plusieurs consommateurs méticuleux, alors il conviendra de se livrer à une difficile évaluation de leurs préjudices. On risque d'arriver, après une expertise coûteuse, à caractériser un préjudice économique diffus et de faible ampleur pour chaque consommateur. L'ensemble de ces difficultés est de nature à nous dissuader d'intenter une action de groupe en droit de la concurrence dont les associations de défense des consommateurs supportent par ailleurs le risque financier.

Lorsque le préjudice individuel de chaque consommateur est difficilement quantifiable ou démontrable (déperdition des éléments de preuve avec le temps), il pourrait être envisagé que le juge puisse additionner les préjudices individuels et puisse faire injonction à l'entreprise responsable d'alimenter un fonds avec la somme correspondante, qui permettrait de financer l'action de groupe. D'ailleurs, on notera que l'Autorité de la concurrence dispose depuis le 4 juin 2016¹⁷⁷ du pouvoir de majorer jusqu'à 10 % le montant des amendes pour contribuer à l'aide aux victimes.

En outre, l'UFC-Que Choisir préconise que les victimes des pratiques anticoncurrentielles puissent **systématiquement faire appel à l'Autorité de la concurrence** pour obtenir une évaluation de leurs préjudices. Pour l'instant, le Décret n° 2017-305 du 9 mars 2017¹⁷⁸ transposant la

(176) Voir Communiqué de presse de l'Autorité de la concurrence : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?lang=fr&id_rub=388&id_article=1734

(177) Date de la promulgation de la loi n°2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le terrorisme.

(178) Entré en vigueur le 11 mars 2017 et applicable aux instances introduites à compter du 26 décembre 2014.

Directive n° 2014/104/UE relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence se contente de prévoir une intervention facultative de l’Autorité de la concurrence dans son nouvel article R.481-1 du Code de commerce ou son nouvel article R.775-3 du Code de justice administrative (lorsque le contentieux indemnitaire du fait des pratiques anticoncurrentielles relève de la juridiction administrative). Nous sommes favorables à ce que l’Autorité ne puisse refuser de donner son avis sur l’évaluation du préjudice résultant d’une pratique prohibée.

De surcroît, la position de certains auteurs¹⁷⁹ qui prônent une **évaluation forfaitaire** des préjudices concurrentiels s’avère particulièrement pertinente. On notera à ce titre que l’article 17.1 de la Directive précitée milite en ce sens puisqu’il impose aux « États membres de veiller à ce que les juridictions nationales soient habilitées, conformément aux procédures nationales, à estimer le montant du préjudice, s’il est établi qu’un demandeur a subi un préjudice, mais qu’il est pratiquement impossible ou excessivement difficile de quantifier avec précision le préjudice subi sur la base des éléments de preuve disponibles ».

En outre, pour l’instant en vertu de l’article L. 623-2 du Code de commerce « l’action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs », il conviendrait que **les préjudices extrapatrimoniaux** (comme les préjudices moraux) soient pris en compte pour les actions de groupe notamment en concurrence, domaine visé dans le cadre de la présente contribution.

Par ailleurs, au regard du taux de risques, les experts estiment que pour être dissuasives, **les amendes** sanctionnant les pratiques anticoncurrentielles devraient représenter « 6,6 fois » le montant des gains générés (au moins « 3,3 fois » en tenant compte du risque lié à la procédure de clémence selon Emmanuel Combe¹⁸⁰).

(179) Voir notamment Muriel Chagny et de Bruno Deffains, *Réparation des dommages concurrentiels*, Dalloz, septembre 2015.

(180) Emmanuel Combe « Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique », *Revue Internationale de droit économique*, 2006/1.

Dès lors, les **dommages-intérêts punitifs**, existant outre-Atlantique présenteraient l'avantage d'être très dissuasifs pour les auteurs de pratiques anticoncurrentielles.

Des affaires récentes illustrent leurs effets positifs. En effet, il nous semble que cette possibilité ouverte aux consommateurs sous l'empire de la législation américaine explique que le groupe Volkswagen ait accepté de transiger aux États-Unis alors qu'il laisse pour le moment les consommateurs européens sans réparation. Pourtant, la Directive n° 2014/104/UE exclut l'application des dommages punitifs dans son article 3. Nous pensons qu'il s'agit d'une solution qui ne peut être écartée et qu'elle doit faire l'objet d'un débat.

Au surplus, selon Frédéric Jenny, Président du Comité Concurrence de l'OCDE¹⁸¹, la clémence peut même être anticipée par les entreprises « chacun des membres du cartel (pouvant déposer) au moment où se noue le cartel, dans une société fiduciaire, un chèque du montant de la sanction maximale encourue pour le cas où le cartel serait détecté ».

Or dans le même temps concernant la clémence, elle nous pose, en tant que plaignant, un problème procédural car nous ne pouvons demander au juge un accès aux pièces pour établir le préjudice des consommateurs (article L. 462-3 du Code de commerce).

Là encore, il faut ouvrir un débat quant aux évolutions que doit connaître notre droit de la concurrence pour faire face aux techniques d'adaptation des professionnels en cause.

Par ailleurs, il convient d'aborder la question du **droit des parties saisissantes dans le cadre de la transaction introduite par la loi Macron promulguée le 6 août 2015**.

La mise en place d'une transaction s'avère très frustrante pour la partie saisissante.

(181) Frédéric Jenny : « Clémence et transaction en matière de concurrence », Actes du Colloque publiés à la *Gazette du Palais*, n° 287-288 du 14-15 octobre 2005.

En effet, comme nous en avons fait l'amère expérience récemment, l'auteur de la saisine n'est prévenu que très tardivement de l'existence d'une transaction. Il reçoit les conclusions du Commissaire du gouvernement 8 jours avant la séance, sans possibilité de répondre par une note en délibéré.

De plus, cette nouvelle procédure se substitue à la procédure de non-contestation de griefs qui prévoyait une audition de toutes les parties (le saisissant et l'entreprise poursuivie). Le nouveau texte de l'article L. 464-2, III du Code de commerce prévoit désormais une séance devant le Collège de l'Autorité de la concurrence en présence uniquement de l'entreprise poursuivie.

En pratique, l'Autorité de la concurrence accepte de convier la partie saisissante au début de la séance pour rétablir un semblant de contradictoire. Toutefois, son intervention devant le Collège s'avère extrêmement limitée et ce, pour deux raisons principales :

- la partie saisissante ne sait pas si l'entreprise (dont elle a pourtant dénoncé les agissements anticoncurrentiels dans sa plainte) a proposé des engagements pour y remédier. Comme elle n'a pas eu de communication de la teneur des engagements, elle ne peut faire d'observations sur leur contenu ;
- en outre, elle n'a aucune connaissance de la fourchette proposée par le Rapporteur général et ne peut donc faire aucune observation sur ce point crucial lors de son intervention en séance.

Au final, la partie saisissante doit se contenter d'écouter la plaidoirie de l'entreprise poursuivie qui en profite pour débattre à nouveau à loisir de l'infraction, de sa qualification, de ses effets et de sa responsabilité, alors que la transaction n'est en principe ouverte qu'aux entreprises ne contestant pas la réalité des griefs notifiés.

Le fonctionnement du système actuel de la transaction est loin d'être satisfaisant : une meilleure prise en compte du droit des parties saisissantes serait souhaitable avec une adaptation à tout le moins du règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence (dont la dernière modification

date de 2012) voire d'une modification législative du texte des articles L. 464-2, III et L. 463-7¹⁸² du Code de commerce.

Enfin, nous concluons sur les **juridictions compétentes** en matière d'action en réparation suite à des pratiques anticoncurrentielles.

Nous sommes surpris que les projets d'ordonnance et de décret relatifs à la transposition de la Directive n° 2014/104/UE n'indiquent pas clairement que les actions en responsabilité suite à des pratiques anticoncurrentielles (visées par le nouveau Titre VI ter du Code de commerce) relèvent de la **compétence spécialisée des 8 tribunaux de grande instance (TGI)**¹⁸³ figurant dans l'article R. 420-4 du Code de commerce et l'Annexe 4-1 du même Code.

L'UFC-Que Choisir s'interroge également sur l'articulation de cette procédure avec **l'action de groupe en droit de la consommation** ouverte, elle, devant les 161 tribunaux de grande instance (hormis lorsque le défendeur est étranger et que dans ce cas le tribunal de grande instance de Paris est compétent).

En outre, **la nouvelle action en responsabilité devant les juridictions administratives** instaurée par l'article L. 775-1 du Code de commerce pose question. La Chancellerie consultée sur ce point nous a précisé que cette action serait ouverte uniquement lorsqu'une personne publique est l'auteur ou la victime d'une pratique anticoncurrentielle. Cette précision ne figure pas en l'état dans le projet de décret de transposition et il conviendrait de le rajouter dans le décret définitif.

L'UFC-Que Choisir est favorable à ce que le contentieux de *follow on* reste confié aux 8 TGI spécialisés et à celui de Paris en cas de défendeur étranger (comme en matière d'action de groupe en droit de la consommation) afin d'éviter l'émiettement des procédures et des recours dilatoires devant les juridictions administratives des auteurs de pratiques anticoncurrentielles.

(182) Sur les séances de l'Autorité de la concurrence.

(183) Paris, Marseille, Fort de France, Bordeaux, Lille, Lyon, Nancy et Rennes.

Cette **unification procédurale** permettrait d'être cohérente avec l'esprit de l'Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence dont nous venons de célébrer le 30e anniversaire cette année. Il convient de rappeler que l'Ordonnance susvisée avait confié dans son article 12, quatrième alinéa le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence à la Cour d'appel de Paris. Ce faisant, la boucle serait bouclée.

Alain Bazot, Président de l'UFC-Que Choisir.



Association déclarée - 4, rue de la Planche 75007 Paris
Tél. : 01 53 63 40 04

www.leclubdesjuristes.com

Retrouvez-nous sur :

