



Concurrences

Revue des droits de la concurrence

L'Autorité de la concurrence, un an après : Points de vue d'usagers

Doctrines | Concurrences N° 2-2010 – pp. 34-43

Marie DE DROUAS

marie.dedrouas@cliffordchance.com

| *Avocat*

Emmanuel DURAND

emmanuel.durand@cliffordchance.com

| *Avocat*

Patrick HUBERT

patrick.hubert@cliffordchance.com

| *Avocat associé, Europe*

Marie DE DROUAS

marie.dedrouas@cliffordchance.com

Avocat

Emmanuel DURAND

emmanuel.durand@cliffordchance.com

Avocat

Patrick HUBERT

patrick.hubert@cliffordchance.com

Avocat associé

Abstract

This study is a report of the new French Competition Authority's first year of activity. It is based on the decisions and advices issued by the authority and on an "investigation", during which some users made observations, which they confronted to the initial objectives of the reform. This report covers all of the Authority's fields of activity, that is to say merger control, antitrust as well as advices. The communication activity is also included.

Le présent article se propose de dresser un bilan de la première année d'activité de la nouvelle Autorité de la concurrence. Il est fondé sur la lecture des décisions et avis rendus ainsi que sur une "enquête" effectuée auprès de quelques usagers de l'Autorité, qui se sont attachés à mettre leurs observations en regard des objectifs initiaux de la réforme. Ce bilan couvre l'ensemble des domaines d'activité de l'Autorité, à savoir le contrôle des concentrations, les pratiques anticoncurrentielles ainsi que les avis. L'activité en matière de communication y est également abordée.

L'Autorité de la concurrence, un an après : Points de vue d'usagers

1. Il est classique, au terme de la première année d'activité d'une institution, de tirer un premier bilan, et de le mettre en perspective avec les attentes initiales. L'Autorité de la concurrence ne saurait échapper à cet exercice, difficile cependant à un stade aussi précoce.

2. Le rythme lent des procédures permet malaisément de distinguer l'activité de la nouvelle Autorité de celle de l'ancien Conseil de la concurrence. Les critères de jugement les plus pertinents seraient son impact sur l'économie et sur les comportements : mais la mesure en est problématique et ces effets ne se manifestent pas en quelques mois. Un bilan quantitatif (nombre de décisions, montant des sanctions, délais) est plus accessible mais ambigu : par exemple, le nouveau seuil abaissé de notification des concentrations dans le domaine du commerce de détail a débouché sur un nombre élevé de décisions qui n'auraient pas été prises sans la réforme (près du tiers du total des concentrations examinées) : faut-il parler alors de succès ou, puisque tous ces projets sauf un ont été autorisés sans engagements, de formalités inutiles¹?

3. Cet article n'a pas l'ambition de mesurer l'efficacité économique et comportementale de la nouvelle Autorité ; il s'agit simplement d'un bilan dressé par des usagers, qui se sont cependant attachés à mettre leurs observations en regard des objectifs de la réforme, tels que présentés par la commission Attali, le gouvernement ou le Président de l'Autorité : simplifier la régulation de la concurrence par le choix d'une autorité unique, faire ainsi mieux respecter le droit de la concurrence et finalement aboutir à une plus grande efficacité de l'économie française.

4. La méthode suivie a d'abord consisté à comptabiliser et à analyser les décisions et avis, au regard des objectifs de la réforme. Pour élargir la base factuelle de cette évaluation, des usagers habituels de l'Autorité – avocats et économistes – ont été interrogés². Il n'y a nulle prétention à l'exhaustivité : tous les usagers ayant eu à traiter avec l'Autorité n'ont pas été consultés, et la synthèse de leurs points de vue est présentée sous la seule responsabilité des auteurs, ainsi d'ailleurs que les conclusions qui en sont tirées. Que les usagers consultés soient cependant vivement remerciés pour leur temps et leur aide précieuse, la valeur ajoutée qu'ils ont apportés est considérable. A ce stade, les entreprises, dont il ne faut pas oublier qu'elles sont les principales destinataires de l'activité de l'Autorité, n'ont pas été interrogées, leurs réactions méritant sans aucun doute une étude spécifique.

5. Pour l'ensemble de ces raisons, et parce que davantage de recul sera nécessaire pour porter un jugement robuste, la véritable évaluation de l'Autorité de la concurrence française reste à faire. Le présent article se propose seulement de dresser un premier état des lieux de la réforme : il portera en premier lieu sur le nouveau contrôle des concentrations (I.), puis sur les pratiques anticoncurrentielles (II.) ainsi que sur les avis (III.). L'activité de communication sera enfin brièvement abordée (IV.).

1 Voir les propos tenus par M. Kovacic, ancien Président de la *Federal Trade Commission* américaine le 15 février 2010, lors de la journée *New Frontiers of Competition* organisée par la revue *Concurrences* : "When an agency leader says "We've been very busy," we should ask "Have you been very effective?""

2 17 cabinets d'avocats et 3 économistes ont répondu au questionnaire.

I. Le nouveau contrôle des concentrations : Un succès technique, une efficacité économique restant à démontrer

6. L'innovation majeure de la réforme est le transfert à l'Autorité du contrôle des concentrations, rapprochant le modèle français du modèle communautaire et de la plupart de ses homologues étrangers et visant un meilleur partage des rôles entre l'Autorité et le Ministre chargé de l'économie, la "technicité" du contrôle concurrentiel se substituant au "regard politique" que le Ministre était supposé porter sur les concentrations. Etaient ainsi recherchés un traitement plus homogène, plus cohérent, plus efficace des opérations et, partant, des gains d'efficacité accrus pour les entreprises³.

7. Un an plus tard, il apparaît que le transfert de compétences a été réussi techniquement (1.) ; il reste cependant encore à démontrer que les objectifs d'efficacité seront atteints, les premiers éléments recueillis à ce sujet étant peu nombreux et contradictoires (2.).

1. Un succès technique

8. S'agissant des chiffres, 115 décisions ont été rendues par l'Autorité⁴, chiffre apparemment comparable à ce que faisait auparavant le Ministre (120 décisions en 2008). Mais l'Autorité applique les nouvelles dispositions de l'article L. 430-2-II⁵ abaissant le seuil de notification dans le domaine de la distribution : 35 opérations ont été examinées qui ne l'auraient pas été sous le régime antérieur. 76 concentrations "classiques" seulement ont donc été traitées, soit sensiblement moins que les années précédentes, probable conséquence du contexte économique. Ce seuil «spécial distribution» a conduit l'Autorité à examiner des opérations relevant de différents segments de la distribution : commerce alimentaire, mais aussi concessions automobiles, meubles, carburant, électronique, etc.

9. Ce seuil "spécial distribution" conduit inévitablement à contrôler de très petites opérations : ainsi, dans la décision inaugurale du nouveau régime (la prise de contrôle de la société Pellier Metz SAS par le groupe Bailly SAS), la cible réalisait en France un chiffre d'affaires hors taxes de seulement 26 millions d'euros.

10. Le contrôle concurrentiel "totalement intégré"⁶ des opérations de concentration fondé, d'une part, sur "l'intégration des deux phases de la procédure" et, d'autre part, sur l'analyse concurrentielle, devait être le "moyen de différencier les affaires, en autorisant encore plus rapidement tout ce qui peut l'être et en n'ouvrant la phase 2 que quand c'est la meilleure solution"⁷.

3 Voir l'article du Président Bruno Lasserre publié sur le site de l'Autorité en janvier 2009 : "La transformation du Conseil de la concurrence en Autorité de la concurrence, clé de voûte d'une régulation de la concurrence moderne, juste et efficace".

4 Nombre de décisions rendues au 4 mars 2010.

5 Les textes cités sont, sauf indication contraire, des articles du Code de commerce.

6 Voir l'article du Président Lasserre sur la transformation du Conseil de la concurrence en Autorité de la concurrence, précité.

7 Ibid.

11. Sur ce plan, la réussite est indéniable : des concentrations simples ont pu être adoptées dans des délais inférieurs aux 25 jours ouvrés impartis par les textes. C'est le cas de nombreuses décisions rendues dans le secteur du commerce de détail, où l'on recense certaines autorisations obtenues en deux voire une semaine⁸. Il faut certes ajouter à ce délai la phase de pré-notification, mais les praticiens interrogés considèrent dans l'ensemble que celle-ci fonctionne bien.

12. Par ailleurs, à l'exception de la décision 10-DCC-11 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe TF1 des chaînes NT1 et TMC, toutes les décisions d'autorisation ont été rendues au terme d'une Phase I (contre 2 à 3 par an rendues en Phase II sous le régime antérieur⁹). L'Autorité n'a donc pas forcé l'ouverture de Phases II. Ainsi, la fusion entre les groupes Caisses d'Epargne et Banque Populaire – autorisée sous réserve de la mise en œuvre d'engagements visant l'île de la Réunion –, qui est la première opération importante notifiée à l'Autorité depuis son installation, a été traitée en Phase I (décision 09-DCC-16 du 22 juin 2009) dans un délai officiel particulièrement bref (1 mois). On peut penser que, dans d'autres circonstances, cette opération aurait pu être traitée en Phase II : l'Autorité a donc montré son aptitude à tenir compte du contexte de crise financière¹⁰. Le guichet unique facilite ce type d'approche : naguère, le refus ministériel de saisir le Conseil de la concurrence pour une Phase II suscitait parfois des mécontentements et l'on avait l'impression qu'au contentieux, la demande d'avis que le Conseil d'Etat adressait au Conseil de la concurrence était une sorte de "rattrapage" du refus ministériel de saisir cette instance. L'arrêt rendu par le Conseil d'Etat sur l'affaire CEGID en était une bonne illustration¹¹.

13. Si les utilisateurs ont enregistré quelques hésitations techniques de la part de leurs interlocuteurs, au début tout du moins, l'opinion qui prévaut est que l'Autorité a su faire prévaloir la continuité. Les décisions ministérielles continuent à faire jurisprudence (les décisions de l'Autorité s'y réfèrent expressément) et les nouvelles lignes directrices adoptées après une concertation bienvenue et dont il a été tenu compte, s'inscrivent dans une double continuité avec celles du Ministre chargé de l'économie et celles de la Commission européenne. Les concentrations simples (l'immense majorité, comme toujours) ne suscitent donc pas de commentaires particulier.

14. Le contenu des décisions ne révèle pas de rupture avec le passé : les six décisions comportant des engagements (cinq en

8 Par exemple, la décision 09-DCC-62 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Modera par le Groupe But a été rendue dans un délai de 7 jours.

9 "La procédure française du contrôle des concentrations : le point de vue des entreprises", Pascal Wilhelm, RLC, 01/2009, n° 18.

10 "Le nouveau visage du contrôle des opérations de concentration résultant de la loi LME et sa mise en œuvre dans le cadre des plans de relance", Michel Bazex, Contrats Concurrence Consommation n° 8, Août 2009, comm. 224.

11 CE, 20 juillet 2005, n°279180, publié au recueil Lebon, dont le considérant final est révélateur : "Considérant qu'en regard de l'incertitude résultant du caractère largement contradictoire des éléments sus rappelés, il y a lieu, pour établir la conviction du Conseil d'Etat, de décider avant dire droit de saisir le conseil de la concurrence, autorité administrative indépendante habilitée à analyser, en les complétant par ses propres investigations, les informations réunies par l'administration sur un projet de concentration notifié, afin d'éclairer l'autorité compétente sur les atteintes que ce projet est susceptible de porter à la concurrence et, le cas échéant, sur le caractère suffisant des contributions apportées au progrès économique pour compenser ces atteintes".

Phase I¹² et une en Phase II) traduisent une continuité avec la tradition française très ouverte aux engagements comportementaux. On mentionnera la décision 09-DCC-16 dans laquelle l’Autorité a innové en prévoyant qu’en cas de manquements aux engagements comportementaux souscrits par les parties, les remèdes structurels, que les parties ne pouvaient pas proposer compte tenu de la crise, reprendraient leurs droits.

15. Certaines décisions révèlent toutefois une volonté de se démarquer de la pratique ministérielle.

Ainsi, dans la décision 09-DCC-38 relative à la fusion des coopératives Limagrain et Domagri, la délimitation du marché de la collecte de céréales retenue par l’Autorité est différente de celle retenue par le Ministre dans sa décision C2008-29. Alors que pour ce dernier, une segmentation du marché en fonction du type de céréales pouvait être envisagée, l’Autorité a considéré qu’une telle segmentation n’était pas pertinente, les organismes collecteurs pouvant stocker n’importe quel type de céréales.

Dans la décision précitée relative à la fusion entre les groupes Caisses d’Epargne et Banque Populaire, l’Autorité a durci l’analyse concurrentielle jadis adoptée par le Ministre. Ce dernier avait retenu qu’une opération ne peut porter atteinte à la concurrence au niveau local dès lors que les parts de marché combinées détenues à ce niveau sont inférieures à 40%. L’Autorité s’est livrée à une analyse plus fine des marchés locaux en vue d’identifier les situations dans lesquelles le pouvoir de marché de la nouvelle entité allait être renforcé.

Mais, dans la très grande majorité des cas, c’est la continuité qui l’emporte.

16. Selon les praticiens, le nouveau service des concentrations a globalement bien fonctionné et s’est montré impliqué dans les affaires, disponible et ouvert à des échanges constructifs avec les parties¹³. Cela s’est particulièrement ressenti aux stades de la pré-notification et de la Phase I, où les entreprises et leurs conseils ont pu trouver dans le rapporteur en charge de l’affaire, mais aussi dans la rapporteure générale adjointe et dans le Président, des interlocuteurs disponibles, réactifs et soucieux de leurs contraintes en terme de délais.

2. Une efficacité restant à démontrer

17. La réforme devait rendre le contrôle des concentrations plus efficace parce que plus technique. Cet objectif a-t-il été atteint ?

18. La création d’une autorité unique a bien eu des retombées positives notables : c’est explicitement parce qu’elle est en charge à la fois des concentrations et du contentieux que l’Autorité a, malgré le silence des textes, reconnu pour la première fois le concept de restrictions accessoires, effort qui doit être approuvé car porteur de sécurité juridique¹⁴. D’ailleurs, l’Autorité a d’ores et déjà eu l’occasion de se

prononcer sur la question des restrictions accessoires dans deux décisions. Dans la première, la décision 09-DCC-74 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Lovefrance SAS par la société Groupe Berto, l’Autorité a estimé que la clause de non concurrence et de non débauchage prévue en l’espèce par le protocole de cession pour une durée de 10 ans ne constituait une restriction directement liée et nécessaire que dans la limite d’une durée de trois ans et dans la mesure où elle ne limitait pas la possibilité des cédants d’acheter ou de détenir des parts de sociétés concurrentes de la nouvelle entité à des fins d’investissement. Dès lors, elle a décidé que les restrictions de concurrence excédant ce qui est directement lié et nécessaire étaient susceptibles d’être qualifiées de pratiques anticoncurrentielles. Dans la seconde décision – décision 09-DCC-79 relative à l’acquisition de la société SAS Carte Bleue par la société Visa Europe Limited –, l’Autorité a retenu que les clauses de non concurrence stipulées étaient bien directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration. En revanche, les restrictions résultant de l’engagement de chaque banque cédante de maintenir un objectif de volume de dépense étaient susceptibles d’être qualifiées de pratiques anticoncurrentielles.

19. Les utilisateurs interrogés sont plus réservés en ce qui concerne les (rares) concentrations problématiques, étant signalé qu’une concentration visiblement délicate a été abandonnée en cours de procédure¹⁵.

20. Une remarque revient ainsi fréquemment au sujet de ces concentrations difficiles. Naguère, lorsqu’elles avaient lieu, les interventions successives de la DGCCRF, très technique, du Ministre et de son cabinet, plus politique, puis, le cas échéant, du Conseil de la concurrence, permettaient de porter sur ces affaires un “triple regard”, garant d’un débat qui pouvait s’avérer précieux pour les entreprises. Aujourd’hui, une crainte se manifeste, nourrie des premières expériences de concentrations difficiles : l’actuelle procédure semble marquée, pour les opérations délicates, par la présence très en amont du Président et par l’absence ressentie de tout véritable mécanisme de *checks and balances*. Certes, en cas de Phase II, le collège apportera un double regard mais les personnes interrogées pensent que l’intervention précoce du Président comporte un risque de “cristallisation” trop précoce des positions et se demandent si le collège les remettra ensuite en question.

21. De façon générale, la déception est assez grande en ce qui concerne le rôle du service économique : contrairement à ce que l’on pouvait théoriquement espérer, la réforme n’a pas conduit l’Autorité à renforcer, en tout cas de façon visible par les parties, l’implication de ce service, absent des débats et dont ne voit pas toujours la “patte” dans le libellé des décisions. Même s’il n’est pas nouveau, ce constat s’accorde mal avec ce qui avait été annoncé il y a un an par le Président Lasserre lorsqu’il indiquait que le service économique pourrait “participer à l’examen de l’affaire et notamment au dialogue avec les entreprises”¹⁶. Il était en effet légitime de penser que l’application de la réforme, qui oblige l’Autorité

12 Décisions 09-DCC-016, 09-DCC-54, 09-DCC-67, 10-DCC-01 et 10-DCC-02.

13 En illustre ainsi les 8 dérogations accordées cette année par l’Autorité à l’effet suspensif de la procédure.

14 Lignes directrices de l’Autorité, point 485.

15 L’opération relative à l’acquisition par les NMPP de la société Turinvest avait nécessité le passage en Phase II mais a finalement été abandonnée.

16 Voir l’article du Président Lasserre “La nouvelle régulation de la concurrence”, RLC, 07/2009, n°20.

31. Le transfert des pouvoirs d'enquêtes à l'Autorité ne s'est cependant pas accompagné d'une modification en profondeur des règles applicables.

32. Il convient, toutefois, de noter l'apparition de nouveaux pouvoirs, notamment la possibilité pour les agents de procéder, pendant les visites et saisies, à des auditions de l'occupant des lieux, en vue de recueillir les informations ou explications utiles aux besoins de l'enquête, ainsi qu'un pouvoir d'injonction assorti d'astreinte, venant compléter le délit d'obstruction à l'investigation ou à l'instruction prévu à l'article L.464-2-V.

33. Du côté des garanties offertes aux entreprises, l'une des avancées de la LME est la consécration, à l'article L.450-4 al.7, de la possibilité, pour l'occupant des lieux soumis aux investigations, de faire appel à un conseil de son choix. La portée de cette nouvelle garantie apparaît cependant, en pratique, relativement limitée, la DGCCRF ayant déjà auparavant, dans l'immense majorité des cas, accepté que les entreprises fassent appel à leur avocat pendant le déroulement des enquêtes. Certes, en 2008, un changement de doctrine s'était manifesté, le chef de bureau B1 de la DGCCRF ayant publiquement remis en cause l'opportunité de la présence de l'avocat durant les opérations de visites et saisies¹⁹, mais, sur le terrain, la situation n'avait pas été bouleversée : si cette nouvelle disposition a mis un terme à ce risque de dérive, elle n'a en réalité fait que garantir le maintien des pratiques traditionnelles.

34. De façon générale d'ailleurs, selon les avocats interrogés, les nouvelles procédures d'enquêtes ne diffèrent pas radicalement de celles qui étaient diligentées avant la réforme. Si quelques incidents ont pu être enregistrés, l'opinion dominante est que les enquêtes se déroulent dans un climat serein, le dialogue avec les enquêteurs étant plus facile. Elles ont en outre gagné en simplicité, un même rapporteur ayant désormais la double casquette d'enquêteur et d'instructeur. Les incidents peuvent être traités rapidement par contact avec les responsables des enquêtes, facilement accessibles. Cette appréciation positive n'empêche pas que quelques rares incidents se produisent avec le rapporteur, voire qu'un rapporteur général adjoint vienne adresser en personne des remontrances à une entreprise jugée insuffisamment coopérative par le rapporteur ; mais ces situations difficiles ont été l'exception.

35. En matière d'enquête, le principal reproche qui est adressé a peu à voir avec la réforme : comme par le passé, les saisies françaises de documents électroniques continuent à se distinguer des saisies de la Commission européenne, en ce que les documents sont copiés en masse, sans tri préalable, aboutissant parfois à saisir des milliers voire des dizaines de milliers de documents privés, de correspondance avocats/clients²⁰ ou de documents sans rapport avec l'objet de l'enquête. Le fait que la Commission européenne dispose d'une solution technique pour éviter ces problèmes rend la continuation de la pratique française difficile à admettre.

19 André Marie, "Les enquêtes de la DGCCRF en matière de pratiques anticoncurrentielles", Revue Lamy concurrence, 01/2008 n° 14.

20 L'un des avocats interrogés a par exemple indiqué que 13.000 correspondances avocats/clients avaient été saisies dans une seule opération !

36. Un autre apport de l'unification des pouvoirs d'enquête et d'instruction est largement salué : il s'agit de la possibilité, désormais offerte aux entreprises poursuivies, de négocier, très en amont de la procédure, d'éventuels engagements. Ceci est considérablement facilité par l'unicité des pouvoirs d'investigation et d'instruction, sous l'autorité du Rapporteur Général. Ce dernier dispose d'une vision complète de la situation de l'entreprise et peut, en conséquence, prendre des décisions plus tôt.

37. Toutefois, la disparition d'une étape procédurale, celle du rapport d'enquête autonome de la DGCCRF, a pour conséquence de mettre fin à la pratique du "double regard" (le point de vue de l'enquêteur pouvait être remis en cause par le rapporteur) ; comme en matière de concentration, des avocats s'interrogent sur le risque d'une "cristallisation" trop précoce de l'opinion du rapporteur. Mais il semble que, pour le moment, il s'agisse d'une crainte essentiellement théorique.

38. Au stade de l'instruction, l'Autorité se distingue de l'ancien Conseil sur plusieurs points. Le rôle du Rapporteur Général est renforcé, il dirige les services d'investigation, en sus des services d'instruction *stricto sensu* désormais sous sa seule autorité. Il nomme les rapporteurs généraux adjoints, les rapporteurs permanents ou non permanents, et les enquêteurs des services d'instruction (art. L. 461-4, al. 3). Par ailleurs, de nouveaux pouvoirs, jusque-là exercés par le Président ou le Collège, lui ont été octroyés : prorogation de délais (art. L. 463-2), mise en œuvre de la procédure simplifiée (art. L.463-3), décision de proposer à l'Autorité de se saisir d'office (art. L.462-5) protection du secret des affaires (art. L. 463-4). Par ailleurs, une évolution s'est poursuivie : augmentation du nombre de rapporteurs généraux adjoints, spécialisation de services (service juridique, service économique, service des concentrations), diversification des profils des rapporteurs.

39. S'agissant de l'impact concret de ces évolutions, les avis s'avèrent mitigés. Si la plupart des personnes interrogées reconnaissent un encadrement amélioré, notamment par le nombre élevé de rapporteurs généraux adjoints considérés comme des interlocuteurs privilégiés et de bonne qualité dans les affaires complexes, d'autres regrettent parfois encore, même si ce défaut semble de plus en plus rare, un manque de travail collectif pouvant affecter l'instruction de certains dossiers, avec des rapporteurs isolés voire "butés" sur des approches parfois très hétérodoxes de leurs dossiers.

40. La principale déception concerne les services juridique et économique. Le premier n'a pas le rôle autonome et capital du service juridique de la Commission européenne qui a même su, au cours des dernières années, s'ouvrir à un dialogue informel avec les entreprises sur les affaires complexes. En France, les usagers interrogés n'ont pas de contact avec le service juridique de l'Autorité en cours de procédure. Son seul rôle visible concerne le respect des engagements, au sujet duquel le service juridique peut entretenir des relations directes avec les entreprises, ainsi que son intervention devant la cour d'appel de Paris.

Quant au service économique, tout devrait conduire à lui faire jouer un rôle central : l'évolution du droit de la concurrence (notamment en matière d'abus de domination), la logique même de création d'une autorité de la concurrence "technique" indépendante du pouvoir politique et la place que le législateur français a donné au dommage à l'économie dans le calcul des sanctions. A ce jour, toutefois, des doutes persistent à son sujet. Son intervention, qui n'est soumise à aucun formalisme, est généralement peu visible pour les parties, le rapporteur se contentant de reprendre dans son rapport un ou plusieurs arguments du service économique sans toujours prendre la peine de le mentionner. Lorsque son intervention est visible, le dialogue avec les économistes des parties n'est pas organisé. Plus grave, les avocats et les économistes interrogés ont l'impression que les arguments économiques des parties, qui résultent souvent d'un travail considérable, débouchent trop souvent sur des décisions qui, soit les ignorent, soit les repoussent sans paraître les prendre au sérieux.

41. La nouvelle fonction de Conseiller auditeur, un expert procédural que les parties peuvent saisir de toute question relative au déroulement de la procédure d'instruction, avait suscité un grand intérêt, même si des questions se posaient compte tenu des différences avec son homologue européen et de son absence de pouvoirs propres. Pour le moment, sans que la personne du Conseiller auditeur soit en cause, la déception est grande. En effet, les parties se trouvent confrontées à un Conseiller auditeur aux compétences particulièrement limitées. Susceptible d'être saisi selon la loi "dès l'envoi de la notification des griefs", il ne peut, en vertu d'un nouvel article R. 461-9 II, fournir des observations que "pour des faits ou des actes intervenus à compter de la réception de la notification de griefs et jusqu'à la réception de la convocation à la séance de l'Autorité".

42. Il souffre ainsi, en vertu des textes, de deux limitations :

→ *ratione materiae* : il ne peut intervenir dans les procédures ne comportant pas de notification de griefs (mesures conservatoires, non-lieu, engagements, sans parler des concentrations) qui peuvent pourtant poser de sérieux problèmes de droit de la défense ;

→ *ratione temporis* : les incidents, souvent les plus sérieux, intervenant avant la notification de griefs lui sont en théorie inaccessibles.

43. En outre, le Conseiller auditeur s'est auto-infligé une troisième limitation, en considérant qu'il est incompétent pour les dossiers ayant fait l'objet d'une notification de griefs avant la première réunion de l'Autorité de la concurrence, soit le 2 mars 2009, au motif que ce sont les anciennes règles de procédure qui s'appliquent à ces dossiers²¹. Pourtant, les dispositions relatives au Conseiller auditeur ne figurent pas dans le chapitre "Procédure" du Code de commerce mais dans celui intitulé "Organisation de l'Autorité".

21 "Le rôle du Conseiller auditeur de l'Autorité de la concurrence", Dominique Voillemot, Concurrences N°1-2010 – Pratiques.

44. Il en résulte que le Conseiller auditeur n'a, à la connaissance des auteurs, été saisi que deux fois, dont une où il s'est déclaré incompétent. Ces débuts très décevants n'augurent pas nécessairement d'un échec de l'institution car les textes recèlent des potentialités encore inexploitées : par exemple, le Conseiller auditeur est destinataire de toutes les notifications de griefs et rien ne semble lui interdire de s'autosaisir ; il a fait prévaloir le fait qu'il était le juge de sa propre compétence et a imposé d'avoir accès au dossier même si les services d'instruction contestent sa compétence. Il est en tout cas, compte tenu de ce contexte, impossible de se prononcer sur sa capacité d'influence auprès du Président et du Collège.

45. Lorsqu'arrive le moment de la décision finale sur un dossier, les parties ont affaire à deux autres institutions : le Commissaire du Gouvernement et surtout le Collège. S'agissant du premier, il constitue l'unique regard tiers porté sur les dossiers étudiés par une Autorité désormais unique. La grande hétérogénéité technique des personnes qui interviennent en cette qualité a été relevée, avec la crainte qu'à terme, le gouvernement ne soit plus audible par l'Autorité, faute de légitimité en droit de la concurrence. S'agissant du Collège, sa composition n'a pas subi de profonde transformation mais un quatrième poste de vice-président a été créé et les personnalités nommées ont des profils très divers. Ces évolutions ont été notées avec satisfaction par les praticiens, qui ont généralement relevé la qualité du dialogue en séance avec les présidents ainsi qu'une participation plus active des autres membres. Néanmoins, certains regrettent que le Collège ne comporte pas davantage de magistrats de l'ordre judiciaire et que ceux qui y siègent ne jouent pas un rôle plus important. Est noté avec satisfaction le recrutement de "référéndaires" qui aideront le Collège à préparer et à rédiger ses décisions, mettant ainsi fin au doute qui subsiste toujours sur l'implication des rapporteurs dans cette activité : la séparation des fonctions d'instruction et de décision deviendra ainsi parfaite.

2. Une pratique décisionnelle en question

46. La nouvelle Autorité n'a pas adopté pendant sa première année de fonctionnement de décision spectaculaire, en tout cas rien qui soit comparable à la célèbre décision dans l'affaire dite du "cartel de l'acier" qui avait vu le Conseil de la concurrence prononcer en 2008 des sanctions dépassant le demi-milliard d'euros (les plus fortes sanctions prononcées par la nouvelle Autorité sont dix fois plus faibles). De même, aucune décision ne peut être comparée à la décision rendue le 17 décembre 2008 ayant adopté des mesures conservatoires qui ont mis fin à la relation exclusive entre Orange et Apple au sujet de l'i-Phone.

47. Mais rien ne permet de penser que le profil plus bas de la pratique de l'Autorité au cours de sa première année d'existence corresponde à un changement de politique : c'est certainement le hasard des affaires prêtes à être décidées qui explique ce score plus discret, d'autant qu'au mois de juillet 2009, le Président Lasserre faisait savoir que le nombre de demandes de clémence était en augmentation²², ce qui laisse présager une activité anti-cartel importante.

22 *Le Point*, 1^{er} juillet 2009

pleinement contradictoire, telle qu'elle est organisée par l'article L. 463-1 du code de commerce, lui permet de porter une telle appréciation".

63. Bien que les avis n'aient pas encore été rendus, cette évolution a suscité des prises de position contrastées de la part des praticiens interrogés. Certains se félicitent d'une sécurité juridique accrue ainsi offerte aux entreprises, qui pourront plus facilement connaître à l'avance la position de l'autorité de contrôle de la concurrence en dehors de tout contentieux, et donc sans risque de sanction. La comparaison avec les études sectorielles de la Commission européenne vient vite à l'esprit. Cette pratique pourrait aussi rapprocher l'Autorité de certains de ses homologues européens notamment le couple OFT/Competition Commission britannique³¹ : la sanction ne serait plus la seule façon de faire progresser la concurrence sur les marchés.

64. Mais des réactions moins favorables ont été enregistrées. Certains praticiens craignent ainsi les dérives potentielles d'une telle procédure, en ce qu'elle permet à l'Autorité de réguler *a priori* des pratiques, et d'édicter ainsi une sorte de *soft law* en se contentant de formuler des positions critiques sur des situations ou des comportements, sans avoir à faire l'effort de les qualifier juridiquement. La saisine pour avis sur l'utilisation croisée des bases de clientèle, par exemple, fait expressément référence au droit de la concurrence mais l'on peine à voir les fondements juridiques, hors peut-être - et encore - l'abus de position dominante, qui pourraient justifier une prohibition de l'utilisation croisée des bases de clientèle au sein d'un même groupe actif dans des secteurs distincts.

65. Certes, ainsi que le notait le Président Lasserre³², les avis rendus par l'Autorité "*ne préjugent en rien l'analyse qui pourrait être celle du collègue s'il était appelé à examiner une pratique donnée, dans le cadre d'une pratique contentieuse*". Mais une telle séparation apparaît très artificielle : les avis rendus par l'Autorité de la concurrence constitueront un référentiel incontournable pour d'éventuels examens postérieurs au contentieux, que ce soit devant l'Autorité elle-même ou devant les tribunaux. Dès lors, bien peu d'entreprises prendront le risque de poursuivre des pratiques critiquées par des avis.

66. Une deuxième critique porte sur le caractère largement informel de la procédure suivie par l'Autorité en matière d'avis. Plusieurs praticiens regrettent ainsi que, à la différence, par exemple, des enquêtes sectorielles de la Commission européenne, toute entreprise intéressée ne puisse faire valoir son point de vue à l'occasion d'une procédure d'avis devant l'Autorité.

67. Il est prématuré de tirer une conclusion ferme sur l'usage de cet "*outil stratégique, à très forte valeur ajoutée*"³³. Les craintes manifestées sont théoriques, alors que les praticiens impliqués dans une procédure d'avis reconnaissent

généralement que les services d'instruction de l'Autorité ont été attentifs à leur argumentation et que le dialogue a été ouvert. Mais il existe une attente : que les procédures d'avis soient davantage formalisées, que le statut des informations communiquées dans ce cadre soit précisé, que les consultations soient plus ouvertes, avec possibilité publique de s'exprimer, même si tout le monde est conscient qu'une trop grande lourdeur risque de rendre la tâche de l'Autorité impossible alors que l'approche préventive, non contentieuse, du droit de la concurrence est, nul n'en disconvient, dans l'intérêt des entreprises et des consommateurs.

IV. La communication : Une activité forte, qui gagnerait à être mieux encadrée

68. Les praticiens consultés sont unanimes : l'Autorité de la concurrence communique énormément, cette volonté de communication étant l'un des aspects de la fonction de pédagogie sur laquelle l'Autorité entend mettre l'accent, sans rupture sur ce point avec les pratiques récentes du Conseil de la concurrence.

69. Les avis recueillis sont partagés sur le principe même de cette communication : si certains la saluent, en ce qu'elle est un élément important de la propagation d'une culture de la concurrence dans le pays, d'autres condamnent une "sur-communication" préjudiciable aux entreprises, qui peuvent être pointées du doigt alors même que les décisions prises à leur encontre ne sont pas définitives.

70. Sur les aspects plus pratiques, les praticiens interrogés, dans leur quasi-totalité, adressent deux critiques à l'Autorité dans le fonctionnement de sa politique de communication.

71. La première concerne la publication des communiqués de presse. Si cette pratique n'est pas nouvelle, elle est de plus en plus utilisée. Ainsi, une cinquantaine de communiqués ont été publiés sur le site de l'Autorité au cours de cette première année d'exercice, soit pratiquement un par semaine. Leurs propos sont variés (certains se bornent à annoncer des saisines ou à prévenir qu'un avis sera rendu sur tel point le mois suivant) mais ils accompagnent de plus en plus systématiquement la publication des décisions contentieuses significatives.

72. Dans plusieurs affaires, les communiqués de presse mis en ligne par l'Autorité ou par le Conseil contenaient des erreurs ou imprécisions. Si tous les praticiens confrontés à cette problématique saluent la diligence du service de la communication de l'Autorité, qui accepte de corriger les erreurs portées à sa connaissance, ils considèrent également que ces corrections sont en réalité toujours inutiles : même si elles interviennent rapidement, le premier communiqué de l'Autorité constitue le support pris en compte par les organes de presse.

73. La publication de ces communiqués réduit en outre l'étendue des garanties procédurales accordées aux entreprises en matière de publication. Dans une affaire dans

31 "A tale of two authorities", Patrick Hubert et Katrin Schallenberg, Competition Law Insight, 9 février 2010.

32 "La nouvelle Autorité de la concurrence", Interview du Président Bruno Lasserre, Concurrences, n° 1-2009, précité.

33 "La nouvelle Autorité de la concurrence", Interview du Président Bruno Lasserre, Concurrences, n° 1-2009, précité.

laquelle une injonction de publication avait fait l'objet d'un sursis de la part du premier Président de la Cour d'appel, du fait de la présence d'erreurs figurant dans le résumé de la décision dont le Conseil avait demandé la publication, les mêmes erreurs étaient présentes dans le communiqué de presse publié en même temps que la décision, qui avait été repris par les journalistes. Ce communiqué avait certes été lui aussi ultérieurement modifié (mais de façon "brute", sans indication de l'existence de ces modifications et *a fortiori* de leur nature), mais le mal était déjà fait, et l'intervention du premier Président de la Cour d'appel n'avait ainsi, dans la pratique, eu aucun impact.

74. La deuxième critique porte sur l'absence de délai suffisant entre la communication des décisions aux parties et la mise en ligne de ces décisions : les entreprises n'ont pas le temps de préparer dans de bonnes conditions leur propre communication financière, alors qu'une décision de l'Autorité de la concurrence est susceptible d'avoir des conséquences importantes, notamment lorsqu'elles sont cotées.

75. En résumé, les praticiens interrogés jugent indispensable que les entreprises puissent être associées à la communication de l'Autorité. Ainsi, ils souhaitent, dans leur très grande majorité, que les projets de communiqués de presse leur soient envoyés avant mise en ligne, afin que puissent être corrigées les éventuelles erreurs. Puisque ces corrections ne posent pas de difficultés alors que le communiqué est déjà publié, elles ne devraient pas davantage en poser avant publication. En outre, pour les décisions les plus importantes, un délai un peu plus long entre la communication de la décision et la publication permettrait aux entreprises de préparer dans de meilleures conditions leur propre communication financière.

V. Conclusion

76. La nouvelle Autorité de la concurrence a su assumer sans accident de nouvelles missions et faire preuve d'innovation, sans pour autant priver entreprises et praticiens de la continuité nécessaire à leur sécurité juridique.

77. Mais au terme de la journée *New Frontiers of Competition* organisée à Paris le 10 février 2010 par la revue *Concurrences*, William Kovacic, ancien président de la *Federal Trade Commission* américaine a présenté une méthode nouvelle d'évaluation des performances d'une autorité de la concurrence. Selon lui, l'intérêt se portait traditionnellement sur les affaires traitées, surtout sur les plus spectaculaires. Une approche plus moderne s'intéresserait surtout à la question suivante : comment résoudre le mieux possible les problèmes ? Trois idées pratiques étaient mises en avant : disposer d'un portefeuille flexible d'instruments ; penser que, souvent, un bon rapport peut être aussi efficace qu'une grosse affaire ; s'adapter en permanence en se demandant si c'est l'autorité qui dirige les ajustements ou si elle ne fait que suivre les autres institutions, en particulier les Cours.

78. Mesuré à cette aune plus élaborée, le premier bilan de l'Autorité est à la fois décevant et prometteur. Il est décevant car, en termes de légitimité et de capacité d'entraînement, l'Autorité disposait d'un bon capital de départ qui ne

semble pas avoir pleinement fructifié au cours de cette première année. Le Conseil de la concurrence était déjà plus légitime que la Commission européenne dans ses décisions contentieuses du fait de la séparation entre instruction et décision ; le basculement du contrôle des concentrations faisait l'unanimité. La réforme accroissait les garanties offertes aux entreprises ; le meilleur encadrement des rapporteurs était encourageant. Or, au bout d'un an, la politique de sanctions de l'Autorité traverse une grave crise qui a obligé le gouvernement à prendre l'initiative tandis que sur un certain nombre de points, les praticiens continuent à avoir des doutes : traitement des concentrations difficiles, faible place de l'analyse économique, rapporteurs encore parfois isolés, politique de communication pas toujours comprise, crainte que les procédures non classiques (mesures conservatoires, engagements, avis) ne soient l'occasion de "réguler" sans que les fondements juridiques ni l'analyse économique ne le justifient toujours.

79. Mais le bilan est aussi prometteur. Le portefeuille d'instruments disponibles s'est élargi, faisant sortir l'Autorité française du "tout répressif". De solides bases existent pour améliorer la légitimité de la pratique décisionnelle : meilleur encadrement des rapporteurs, services spécialisés qui ne demandent sans doute qu'à servir davantage, Collège dynamique, premiers apprentissages effectués en matière de concentration, conseiller auditeur dont le statut un peu "étriqué" pourrait être aisément réformé. Enfin, le choc constitué par l'arrêt "acier" de la Cour d'appel et la création de la mission *ad hoc* par le gouvernement peut être salubre et pousser la politique de sanctions vers plus de rigueur et de sensibilité aux questions économiques.

80. Pour que ces promesses se concrétisent, certains ajustements apparaissent nécessaires. Il faudrait, au premier chef, un guidage rigoureux du processus de calcul des sanctions sans doute accompagné d'une réforme de la Cour d'appel garantissant qu'un dialogue approfondi puisse se nouer entre les deux institutions. Retarder le plus possible le moment où les opinions se fixent irrévocablement permettrait d'éviter les erreurs factuelles. Bien des pistes pourraient être explorées : pourquoi ne pas établir une coupure entre instruction et décision pour les concentrations délicates ? Ne pas soumettre les projets de communiqués de presse aux entreprises ? Ne pas formaliser le débat entre économistes de l'Autorité et économistes des parties ? Ne pas donner un rôle visible au service juridique ? Il faudrait aussi que les procédures d'avis soient entourées de garanties telles que leurs inconvénients (création d'une *soft law* non contestable devant les juges) ne l'emportent pas sur leurs avantages. Ainsi, peut-être pourrait-on rendre possible la contestation d'un avis devant le Collège de l'Autorité, par exemple par une entreprise apportant la preuve qu'elle dispose d'informations n'ayant pas été prises en considération lors de l'élaboration de l'avis ?

81. Autant de pistes de réflexions qu'une Autorité ayant déjà montré son ouverture aux apports pouvant émaner d'autres parties, tant privées qu'institutionnelles, ne manquera sans doute pas d'examiner avec la plus grande attention. ■

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits communautaire et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par dix chroniques thématiques.

CONCURRENCES

Editorial

Elie Cohen, Laurent Cohen-Tanugi,
Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester,
Eleanor Fox, Laurence Idot, Frédéric Jenny,
Jean-Pierre Jouyet, Hubert Legal,
Claude Lucas de Leyssac, Mario Monti,
Christine Varney, Bo Vesterdorf, Louis Vogel,
Denis Waelbroeck...

Interview

Sir Christopher Bellamy, Dr. Ulf Böge,
Nadia Calvino, Thierry Dahan, Frédéric Jenny,
William Kovacic, Neelie Kroes, Christine
Lagarde, Mario Monti, Viviane Reding,
Robert Saint-Esteben, Sheridan Scott,
Christine Varney...

Tendances

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, Murielle
Chagny, Claire Chambolle, Luc Chatel,
John Connor, Dominique de Gramont,
Damien Gérardin, Christophe Lemaire,
Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla,
Emil Paulis, Joëlle Simon, Richard Whish...

Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe, Thierry Dahan,
Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk,
Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre,
Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto,
Patrick Rey, Didier Theophile, Joseph Vogel...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la pratique
des engagements, Droit pénal et concurrence,
Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

Horizons

Allemagne, Belgique, Canada, Chine, Hong-Kong,
India, Japon, Luxembourg, Suisse, Sweden, USA...



Droit et économie

Emmanuel COMBE, Philippe CHONÉ,
Laurent FLOCHEL, Penelope PAPANDROPOULOS,
Etienne PFISTER, Francisco ROSATI, David SPECTOR...

Chroniques

ENTENTES

Michel DEBROUX
Laurence NICOLAS-VULLIERME
Cyril SARRAZIN

PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric MARTY
Anne-Lise SIBONY
Anne WACHSMANN

PRATIQUES RESTRICTIVES ET CONCURRENCE DÉLOYALE

Muriel CHAGNY
Mireille DANY
Marie-Claude MITCHELL
Jacqueline RIFFAULT-SILK

DISTRIBUTION

Nicolas ERESEO
Dominique FERRÉ
Didier FERRÉ

CONCENTRATIONS

Olivier BILLIARD, Jacques GUNTHER, David HULL,
Stanislas MARTIN, Jérôme PHILIPPE, Igor SIMIC,
David TAYAR, Didier THÉOPHILE

AIDES D'ÉTAT

Jean-Yves CHÉROT
Jacques DERENNE
Christophe GIOLITO

PROCÉDURES

Pascal CARDONNEL
Christophe LEMAIRE
Agnès MAÏTREPIERRE
Chantal MOMÈGE

RÉGULATIONS

Joëlle ADDA
Emmanuel GUILLAUME
Jean-Paul TRAN THIET

SECTEUR PUBLIC

Bertrand du MARAIS
Stéphane RODRIGUES
Jean-Philippe KOVAR

POLITIQUE INTERNATIONALE

Frédérique DAUDRET-JOHN
François SOUTY
Stéphanie YON

Revue des revues

Christelle ADJÉMIAN
Umberto BERKANI
Alain RONZANO

Bibliographie

Centre de Recherches sur l'Union Européenne
(Université Paris I – Panthéon-Sorbonne)

Revue Concurrences Review Concurrences	HT Without tax	TTC Tax included (France only)
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	445 €	454,35 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + accès libre aux e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + free access to e-archives)</i>	395 €	472,42 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique accès libre aux e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + free access to e-archives)</i>	645 €	771,42 €
<input type="checkbox"/> 1 numéro (version papier) <i>1 issue (print version)</i>	140 €	142,94 €

Bulletin électronique e-Competitions | e-bulletin e-Competitions

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + accès libre aux e-archives <i>1 year subscription + free access to e-archives</i>	575 €	687,7 €
---	-------	---------

Revue Concurrences + bulletin e-Competitions | Review Concurrences + e-bulletin e-Competitions

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique) + e-bulletin <i>1 year subscription to the review (online version) and to the e-bulletin</i>	745 €	891,02 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique) + e-bulletin <i>1 year subscription to the review (print & electronic versions) + e-bulletin</i>	845 €	1010,62 €

Renseignements | Subscriber details

Nom-Prénom | *Name-First name* : e-mail :

Institution | *Institution* :

Rue | *Street* : Ville | *City* :

Code postal | *Zip Code* : Pays | *Country* :

N° TVA intracommunautaire/VAT number (EU) :

Formulaire à retourner à | Send your order to

Institut de droit de la concurrence

25 rue Balard - 75 015 Paris - France | contact: webmaster@concurrences.com

Fax : + 33 (0)1 42 77 93 71

Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de *Concurrences* et l'accès électronique aux bulletins ou articles de *e-Competitions* ont lieu dès réception du paiement complet. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Concurrences hors France : 30 € | 30 € extra charge for sending hard copies outside France