

● Focus

44 La création d'une Autorité de la Concurrence aux compétences élargies : une réforme majeure et quelques scories ?

Michel DEBROUX,
avocat à la Cour, Hogan & Hartson

Le projet de loi de modernisation de l'économie (LME), adopté par l'Assemblée nationale le 17 juin 2008 contient un volet important créant une Autorité de la concurrence aux compétences élargies. L'organisation et les compétences de cette Autorité sont définies dans un projet d'ordonnance qui a pour ambition affichée de rendre plus lisible et plus efficace l'application du droit national de la concurrence. Outre ses aspects institutionnels, la réforme s'articule autour de deux axes principaux, à savoir (i) l'unification sous l'égide de l'Autorité des fonctions d'enquête et d'instructions en matière de pratiques anticoncurrentielles et (ii) le quasi-monopole conféré à l'Autorité en matière de contrôle des concentrations.

Il faut saluer les gains d'efficacité que cette réforme devrait permettre, mais il faut aussi en souligner quelques scories critiquables et peu conformes à son esprit. Car il en va du rôle du ministre dans l'application du droit de la concurrence comme du naturel : chassez-le, il revient au galop, ainsi qu'en atteste par exemple le curieux projet conférant une compétence propre au ministre en matière de « micro-pratiques » anticoncurrentielles. De même, la compétence résiduelle du ministre en matière de contrôle des concentrations peut se comprendre dans son principe, mais peut aussi soulever de réelles difficultés pratiques. Enfin, il faut dénoncer quelques innovations relatives au déroulement des enquêtes de concurrence, gravement attentatoires aux droits des entreprises.

Portrait succinct de la future Autorité de la concurrence

Le nombre de membres du collège restera inchangé, mais ce dernier comptera six magistrats au lieu de huit et cinq personnalités qualifiées au lieu de quatre (le président non compté). En dépit des tâches nouvelles de l'Autorité, le collège ne comptera qu'un seul vice-président (permanent) supplémentaire, ce qui peut surprendre. S'agissant à présent des services, les contraintes budgétaires expliquent que l'Autorité ne devrait évoluer qu'à périmètre constant en fonction de ses nouvelles missions, en intégrant une vingtaine d'enquêteurs de l'actuelle direction nationale des enquêtes de concurrence et une trentaine d'agents en charge du contrôle des concentrations.

Les services d'enquête et d'instruction, placés sous l'autorité du rapporteur général pourront, comme aujourd'hui, s'appuyer sur les services du ministre. Ces derniers ne perdent pas leur compétence autonome d'enquête (*C. com.*, art. L. 450-1, II), mais celle-ci s'exercera sous le contrôle du rapporteur général de l'Autorité, qui sera informé au préalable des enquêtes envisagées par le ministre et qui pourra en prendre la direction (*C. com.*, art. L. 450-5, I et II). On saluera enfin la création d'un poste de conseiller auditeur, magistrat de son état (*C. com.*, art. L. 461-4), au rôle *a priori* assez comparable à son *alter ego* communautaire, à l'importante nuance près qu'il n'aura pas de rôle actif lors d'auditions.

Subsiste à ce jour une inconnue relative à l'exercice par l'Autorité de son nouveau rôle en matière de contrôle des concentrations : qui décidera ? La brièveté des délais en 'phase 1' plaide pour processus décisionnel court dans la majorité des cas, à savoir une approbation déléguée à un membre du collège (président ou vice-président) agissant seul. Il est toutefois souhaitable que certaines décisions de phase 1 'lourdes', par exemple en cas d'engagements significatifs ou de passage en phase 2, soient adoptées par plusieurs membres. À supposer avérée cette hypothèse, nul ne sait aujourd'hui si ce choix relèvera de la seule discrétion de l'Autorité ou si les parties pourront exprimer une préférence.

La fin du dualisme d'autorités en matière de contrôle des concentrations

On a beaucoup critiqué le système dual de contrôle des concentrations, en raison de l'influence supposée excessive de considérations politiques dans certaines décisions, ainsi que de vraies ruptures de charge dans l'instruction en cas de phase 2. En outre, ce système n'avait plus guère d'équivalents en Europe et de toute façon ne fonctionnait plus en pratique, les saisines du Conseil étant rarissimes ces dernières années. Ces constats et critiques n'étaient pas infondés, mais nul système n'est parfait. L'on rappellera qu'au niveau communautaire, les excès d'une *Merger Task Force* imbuée de ses prérogatives avaient précipité en 2002 la création d'un mécanisme de « deuxième regard » que l'on supprime aujourd'hui en France. Certes, il est vrai que la comparaison a ses limites, que le mécanisme français fonctionnait mal et que la réforme permettra sans doute de gagner en efficacité. Il n'en demeure pas moins que cette efficacité a pour prix, que l'on espère modéré, la consécration d'un monoregard.

Seule exception à l'exclusivité conférée à l'Autorité, un pouvoir d'évocation est conféré au ministre par le nouvel article L. 430-7-1, *a priori* dans des cas exceptionnels. Le Yalta qu'instaure la réforme est clair : à l'Autorité revient l'exclusivité de l'analyse concurrentielle, au ministre revient la prérogative d'inverser la décision de l'Autorité au nom de motifs d'intérêt général non liés à l'analyse concurrentielle : l'emploi, le développement industriel ou la compétitivité internationale des entreprises. Moins clair est le sens que pourra prendre l'intervention du ministre : ne pourra-t-il qu'autoriser ce qui aura été interdit par l'Autorité, ou pourra-t-il aussi interdire ce qui aura été autorisé ? Seule la première hypothèse nous semble devoir être retenue, le ministre ne pouvant intervenir que compenser « l'atteinte portée le cas échéant à [la concurrence] » (*C. com.*, art. L. 430-7-1, II). Puisqu'il s'agit de compenser une atteinte portée à la concurrence, cela ne devrait être qu'en vue d'autoriser une opération qui aura été interdite ou d'alléger des engagements trop contraignants. Mais les mots « le cas échéant » brouillent l'analyse et l'hypothèse de l'interdiction d'une opération autorisée ne peut être formellement exclue. Disons-le tout net : il faudra amender l'ordonnance pour écarter cette hypothèse, contraire à l'esprit du texte et dont la constitutionnalité est douteuse au regard du principe de la liberté d'entreprendre.

Relevons une autre lacune du projet : le ministre dispose d'un délai de 25 jours ouvrés suivant la décision de l'Autorité pour évoquer une affaire, mais n'est soumis à aucun délai pour adopter sa décision. On veut croire qu'il ne s'agit que d'un oubli, qui devra être corrigé dans le texte final. Signalons enfin brièvement que la réforme se traduira en règle générale par un léger allongement des délais (désormais exprimés en jours ouvrés, 25 en phase 1, 65 en phase 2). Cet allongement sera sensible en cas de proposition d'engagements (*C. com.*, art. L. 430-5 et L. 430-7).

De quelques nouveautés contestables, relatives aux enquêtes de concurrence

L'espace nous manque pour commenter ces dispositions en détail. Nous ne mentionnerons donc que quelques innovations contestables, telle la possibilité donnée aux enquêteurs de procéder à des saisies incidentes de pièces non visées dans l'ordonnance, sous réserve d'une validation en cours de saisie (mais avec quelles garanties ?). Cette disposition prévue à l'article L. 450-4 permet ainsi aux enquêteurs de « partir à la pêche » sans guère de limites, ce qui était d'ailleurs déjà le risque en cas de saisie de disques durs entiers. L'absence de garantie encadrant cette joyeuse partie de pêche est

d'autant plus manifeste que si le texte reconnaît à l'occupant des lieux le droit d'être assisté d'un conseil –c'était bien le moins !– il dénie à ce dernier le droit de prendre connaissance des pièces avant leur saisie. Décidément, la mode n'est pas franchement au respect des droits de la défense...

Au chapitre des innovations contestables, relevons encore, hélas brièvement, le projet relatif aux prétendues « micro-pratiques » anticoncurrentielles. Le ministre disposerait d'un pouvoir autonome d'injonction et/ou de transaction en matière de pratiques anticoncurrentielles locales (C. com., art. L. 462-5-1). Quelle est la logique d'un tel mécanisme, à l'heure où l'on rassemble les fonctions d'enquête et d'instruction sous l'égide d'une Autorité unique ? Seul, semble-t-il, le souci de conserver un terrain où puissent s'exprimer les compétences de centaines d'agents de terrain des DDCCRF a guidé cette innovation. Au-delà de son incohérence de principe, ce sont les modalités

de mise en œuvre de ce mécanisme qui sont les plus critiquables. Au vu de leur définition, il est tout d'abord permis de douter du caractère mineur desdites pratiques. On rappellera ensuite que certaines pratiques locales ont pu par le passé donner lieu à des décisions originales, audacieuses et pédagogiques du Conseil de la concurrence. Surtout, ce pouvoir du ministre n'est assorti d'aucune garantie sérieuse : quelle égalité des armes, quelle publicité, quels recours, quels droits des tiers ?

Il est encore temps, et visiblement nécessaire, de corriger le projet sur ce point, voire de supprimer ce mécanisme baroque, au risque de voir émerger un droit de la concurrence à deux vitesses, et d'ainsi affaiblir une réforme dont, globalement, il faut malgré tout saluer l'ambition et la logique.

Mots-Clés : Autorité de la concurrence - Création - Loi de modernisation de l'économie

● Veille

À LA COMMISSION EUROPÉENNE

45 Ententes : une procédure simplifiée de transaction

Source : CE, communiqué IP/08/1056, 30 juin 2008

La Commission européenne a annoncé, le 30 juin 2008, l'instauration d'une procédure simplifiée de transaction dans le domaine des ententes.

Cette procédure prévoit que les parties qui ont pris connaissance des éléments de preuve figurant dans le dossier de la Commission pourront décider de reconnaître leur participation à l'entente et leur responsabilité en la matière. En échange de cette reconnaissance, le montant de l'amende pourra être réduit de 10 %.

Cette procédure prévoit que les parties n'ont ni le droit ni l'obligation de conclure une transaction mais, dans les affaires où les entreprises sont convaincues que la Commission est en mesure de prouver leur participation à une entente, une transaction peut être conclue sur l'ampleur et la durée de celle-ci et la responsabilité de chacune. À cet effet, les parties seront informées des griefs envisagés et des preuves apportées et seront autorisées à faire valoir leur point de vue avant la communication officielle des griefs qui pourra être rectifiée.

Dans la mesure où les parties auront été entendues avant la communication des griefs, d'autres étapes de la procédure pourront être simplifiées de sorte qu'après confirmation par les parties, la Commission pourra passer rapidement à l'adoption d'une décision finale après avoir consulté les États membres dans le cadre du comité consultatif composé de représentants de l'ensemble des autorités des États membres en charge de la concurrence.

Jusqu'à la décision finale, la Commission pourra toutefois revenir à la procédure habituelle.

Les modifications au règlement CE n° 773/2004 du 27 avril 2004 de la Commission, en ce qui concerne les procédures d'application des articles 81 et 82 du traité CE, intègrent la possibilité de la transaction au cadre législatif existant. Elles prévoient notamment les points suivants :

- l'introduction de variantes en matière de transaction dans les dispositions relatives à l'engagement des procédures, à l'accès au dossier et aux auditions ;
- la possibilité de choisir un nouvel ordre pour les étapes de la procédure, certaines pouvant désormais avoir lieu avant l'adoption de la communication des griefs.

Les entreprises pourront prévoir le type et l'étendue de la coopération que l'on attend d'elles en vue d'une transaction et évaluer les avantages que présente pour elles une telle transaction.

Cette nouvelle procédure diffère de la fourniture volontaire de preuves visant à déclencher ou faire avancer l'enquête de la Commission (V. communication sur la clémence, *communiqué IP/06/1705*, 7 déc. 2006 ; *Europe 2008*, comm. 64). Lorsqu'une réduction au titre de la procédure de transaction et une réduction au titre de la clémence sont applicables, elles sont cumulées. Une décision constatant une infraction aux règles antitrust et infligeant des

amendes conformément au règlement CE n° 1/2003 est arrêtée indépendamment de la procédure appliquée.

Le règlement et la communication de la Commission sur la procédure de transaction expliquant le nouveau système entreront en vigueur le jour de la publication au Journal officiel de l'UE.

À LA COMMISSION EUROPÉENNE

46 Distribution et services après-vente dans le secteur de l'automobile : rapport d'évaluation sur l'application du règlement d'exemption n° 1400/2002

Source : Comm CE, rapport juin 2008 : http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/motor_vehicles/legislation/legislation.html#report

L'article 11, § 2, du règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 (*JOUE n° L 203*, 21 août 2002) concernant l'application de l'article 81, § 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile (REC), qui expire à la même date que le règlement d'exemption n° 2790/1999 des accords verticaux, le 31 mai 2010, fait obligation à la Commission d'établir un rapport évaluant l'incidence du REC sur les pratiques du secteur et les effets de ces pratiques sur la concurrence dans le domaine de la distribution automobile et des services après-vente dans l'UE.

La Commission lance donc la première étape d'une procédure visant à établir le régime à appliquer au secteur de l'automobile après le 31 mai 2010.

Selon les auteurs du rapport constatent que les conditions de concurrence se sont améliorées aussi bien sur le marché des véhicules neufs que sur celui des services de réparation et d'entretien, tout comme la concurrence intermarque.

Passant en revue les dispositions du REC, les auteurs ont recherché non seulement si elles ont rempli les objectifs assignés mais surtout si les améliorations constatées résultent spécifiquement et directement de ces dispositions.

Enfin, les auteurs du rapport considèrent que les dispositions du REC qui s'écartaient des principes généraux dérivés de la jurisprudence des juridictions européennes et qui sont actuellement reflétées dans le règlement n° 2790/1999 de la Commission peuvent, dans le contexte économique actuel, être considérées comme trop strictes, complexes ou superflues, compte tenu notamment de l'introduction d'une nouvelle législation européenne pour les véhicules à moteur.

La Commission tend à considérer qu'un régime s'inspirant davantage des principes généraux applicables aux restrictions verticales (*régl. n° 2790/1999*), aurait assuré un niveau équivalent de protection de la concurrence sur le marché, tout en engendrant des coûts de mise en conformité moindres pour les entreprises et un système d'exécution plus efficace pour les autorités de concurrence.

La Commission invite les parties intéressées à présenter leurs observations sur le rapport d'évaluation jusqu'au 31 juillet 2008.