

Non classifié

DAF/COMP/WD(2014)104

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

25-Feb-2015

Français - Or. Français

DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE

Annule & remplace le même document du 12 décembre 2014

TABLE RONDE SUR L'ÉVOLUTION INSTITUTIONNELLE DES AUTORITÉS DE CONCURRENCE

-- Contribution de l'Autorité Française de la Concurrence --

17-18 décembre 2014

Ce document est une contribution écrite soumise par l'Autorité Française de la Concurrence au titre de la session VIII de la 122ème réunion du Comité de la Concurrence de l'OCDE tenue les 17-18 décembre 2014.

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles sur www.oecd.org/daf/competition/changes-in-competition-institutional-design.htm

JT03371058

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

Ce document et toute carte qu'il peut comprendre sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.



DAF/COMP/WD(2014)104
Non classifié

Français - Or. Français

CONTRIBUTION DE L'AUTORITE FRANÇAISE DE LA CONCURRENCE¹

1. Le processus d'évolution institutionnelle de la régulation concurrentielle en France a connu dans la période récente des avancées décisives, qui ont étendu la gamme de ses attributions et assis son indépendance. L'instauration d'un tel système de régulation y a progressé avec mesure, sur une période de temps sans doute plus étendue que dans d'autres États aux économies comparables, ne serait-ce que pour laisser le temps au reflux, chez les pouvoirs publics comme chez les citoyens français, d'un scepticisme de longue date sur les bienfaits de la concurrence. Pour autant, il est saisissant d'observer que cette évolution se présente comme un continuum, sans que soit intervenu aucun retour en arrière, les gouvernements successifs, quoi qu'il en fût de leur appartenance politique, ayant accru pas à pas tout à la fois les pouvoirs dévolus au régulateur concurrentiel et son autonomie dans la détermination de son action.

1. Rappel des changements institutionnels intervenus depuis l'origine de la régulation concurrentielle en France, au prisme des relations du régulateur avec les pouvoirs publics

1.1 L'identification par le gouvernement du besoin d'une expertise sur les règles de concurrence

2. Le premier mouvement en faveur de l'autonomisation de la régulation concurrentielle s'est opéré en réponse à l'affirmation du besoin d'une expertise spécifique, justifiant la création d'une « cellule » dédiée d'experts en droit de la concurrence.

3. L'émergence de la concurrence comme enjeu distinct de la régulation économique, en dépit du contexte d'une économie administrée marquée notamment par le maintien, dans l'immédiat après-guerre, du contrôle des prix, a conduit à la mise en place en 1953 d'une Commission technique des ententes.

4. Le décret n°53-704 du 9 août 1953 relatif au maintien ou au rétablissement de la libre concurrence industrielle et commerciale, parfois désigné « décret anti-trust », a inséré dans l'ordonnance n°45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix des dispositions sur les ententes illicites et créé la Commission technique des ententes. Il énonce l'interdiction des « *actions concertées [...] ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'entraver la concurrence en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente, ou en favorisant une hausse artificielle des prix* ». Les affaires identifiées par la direction générale des prix et des enquêtes économiques donnent lieu à une enquête administrative, au vu de laquelle le ministre peut saisir la commission. Elle peut formuler un avis à l'attention du ministre qui, à son tour, peut prendre une décision de sanction pécuniaire ou transmettre le dossier au juge pénal.

5. Son champ d'action a été étendu à l'abus de position dominante par une loi de 1963², qui l'a en outre renommée Commission technique des ententes et des positions dominantes. S'il n'est alors pas question d'indépendance de cet organisme, l'idée d'une autonomisation de la notion de régulation concurrentielle, requérant qu'un conseil éclairé soit formulé par une instance collégiale spécialisée, a pris forme dans le paysage institutionnel.

¹ L'Autorité de la concurrence est une autorité indépendante et les positions exprimées dans cette contribution n'engagent qu'elle.

² Loi de finances rectificative n°63-628 du 2 juillet 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière

6. La reconnaissance de cette expertise a été affirmée de nouveau avec une loi de 1977³ qui a substitué à l'instance précitée la Commission de la concurrence, et consacré son double pouvoir consultatif auprès de l'exécutif : conseiller le gouvernement sur toute question intéressant la concurrence et, pour la première fois, donner des avis sur les opérations ou projets de concentration – l'ensemble de ces pouvoirs consultatifs s'exerçant cependant sans publicité.

1.2 L'autonomisation du régulateur concurrentiel à compter de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986

7. L'étape suivante, et particulièrement décisive, de ce cheminement a été marquée par l'acquisition graduelle d'une réelle indépendance du régulateur concurrentiel, à la faveur d'une rupture conceptuelle tenant à la libéralisation des prix et à l'adoption du principe de liberté de la concurrence.

8. Dans le contexte du passage à une véritable économie de marché, l'ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence met fin à la réglementation des prix en même temps qu'elle établit un organe indépendant de régulation concurrentielle, doté du pouvoir de décision : le Conseil de la concurrence, qui peut être saisi directement par les entreprises, engager de son propre chef des poursuites, prononcer des injonctions, infliger des sanctions financières, formuler des recommandations aux pouvoirs publics y compris sur des projets de textes législatifs ou réglementaires, ses avis ayant désormais un caractère public. Signalant l'indépendance de cette institution à l'égard du pouvoir exécutif et le souhait, dans un souci de cohérence, de reconnaître la compétence de l'ordre juridictionnel principalement intéressé par la matière, le contrôle des décisions du Conseil de la concurrence est confié à la juridiction judiciaire (cour d'appel de Paris) et non plus au Conseil d'État, juge naturel de l'administration.

9. Quinze ans plus tard, et alors que le droit de la concurrence a dans l'intervalle été incorporé par la jurisprudence parmi les normes dont le respect s'impose aux actes administratifs⁴, une nouvelle avancée est opérée avec la loi n°2001-420 sur les nouvelles régulations économiques (« NRE ») du 15 mai 2001, qui marque l'accroissement concomitant des pouvoirs du Conseil de la concurrence, de son autonomie budgétaire – laquelle est une condition de son indépendance réelle – et de son expertise interne.

10. Quant à ses attributions en matière d'antitrust, on relèvera que le plafond des sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles est relevé, et qu'il est institué un programme de clémence ainsi qu'une procédure de non-contestation des griefs. Une évolution institutionnelle fondamentale est actée en ce qu'une séparation fonctionnelle est instituée entre services d'instruction, d'une part, et organe de décision (le collège) d'autre part. Celle-ci est intervenue en suite d'une jurisprudence de la Cour de cassation⁵ qui, retenant une acception extensive des exigences de l'article 6§1 de la CEDH en matière de procès équitable, avait estimé que le rapporteur des services d'instruction du Conseil de la concurrence ne pouvait participer au délibéré des membres du collège. Le Conseil de la concurrence, en avait aussitôt pris acte en procédant à une réorganisation de ses services et la loi NRE, en établissant dans le droit positif cette séparation des fonctions qui emporte que l'ensemble des actes d'instruction sont accomplis sous l'autorité du Rapporteur général, est allée plus loin que ce qu'imposait l'approche retenue par le juge national.

11. S'agissant du contrôle des concentrations, une modification très substantielle intervient en ce qu'il est rendu systématique, la notification préalable au ministre devenant obligatoire. Le Conseil de la concurrence est associé au contrôle dans le contexte de l'engagement d'une phase d'examen approfondi : lorsqu'il estime que les engagements proposés par les parties sont insuffisants pour remédier aux

³ Loi n°77-806 du 19 juillet 1977 sur le contrôle de la concentration économique, la répression des ententes illicites et des abus de position dominante

⁴ Conseil d'État, société Million et Marais, 3 novembre 1997

⁵ Cass. Com., 9 octobre 1999, SNC Campenon Bernard et al.

préoccupations de concurrence par ailleurs identifiées, le ministre doit obligatoirement saisir le Conseil pour avis. Le contrôle systématique *ex ante* s'est accompagné d'un abaissement significatif des seuils de notification : ensemble, ces mesures constituent de puissantes innovations en introduisant une plus grande transparence sur l'évolution des positions des acteurs sur le marché et en donnant les moyens aux autorités compétentes d'intervenir en temps utile sur les opérations susceptibles de restreindre la concurrence. Ces mesures marquent également de manière plus franche la ligne de partage, dans le cours de cet examen, entre les rôles respectifs de l'exécutif et du régulateur. Le système de contrôle des concentrations français se rapproche ainsi du modèle qui prévaut en Europe continentale, reposant sur une notification obligatoire *ex ante* des opérations de concentration assortie d'un effet suspensif du contrôle.

12. S'agissant de l'autonomie budgétaire, il faut relever que, parallèlement à la loi NRE de 2001, une réforme a été conduite au fil de plusieurs années, qui a permis d'identifier clairement les moyens humains à disposition du Conseil et d'en confier la gestion à son Président, l'ensemble des emplois budgétaires ayant notamment cessé d'être inscrits sur les crédits de l'administration centrale, pour relever du chapitre budgétaire propre du Conseil de la concurrence.

13. Enfin, ce dernier a, au cours de la même période, renforcé son expertise interne par la création de services spécialisés : « cellule juridique », « cellule économique » et service de la communication. Il est ainsi prêt à assumer des compétences élargies.

1.3 La profonde réforme institutionnelle de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008

14. La dernière étape de cette progression en termes de parachèvement de l'unification et de l'indépendance de la régulation concurrentielle a consisté dans la grande réforme opérée par la loi n°2008-776 de modernisation de l'économie du 4 août 2008 (« LME »), complétée ensuite par voie d'ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence. Elle s'inspire fortement des conclusions de la Commission pour la libération de la croissance française – présidée par Jacques Attali, elle comprenait notamment Mario Monti, ancien commissaire européen à la concurrence, et le Président du Conseil de la concurrence, Bruno Lasserre.

15. Cette profonde refonte a été menée avec une particulière célérité, puisque la commission précitée a remis son rapport au Président de la République en janvier 2008, que la loi incluant les principales modifications de cette organisation a été promulguée en août 2008, et l'ordonnance la complétant quelque trois mois plus tard, la nouvelle Autorité de la concurrence, successeur du Conseil, ayant ainsi pu être installée dès le 2 mars 2009.

16. Mettant fin au système bicéphale qui prévalait depuis l'origine de la régulation concurrentielle en France, ce nouveau dispositif a opéré un véritable saut qualitatif sur le terrain de l'indépendance, étendant les pouvoirs de l'Autorité en même temps qu'elle renforçait sa responsabilité. Le contrôle des concentrations a fait l'objet d'un transfert de pouvoir du ministre au régulateur indépendant, la France s'alignant ainsi sur le schéma en vigueur dans la quasi-totalité des États membres de l'Union européenne. Des pouvoirs d'enquête autonomes par rapport aux services de l'administration centrale lui ont été attribués, remettant entre les mains de l'Autorité de la concurrence toute la chaîne de traitement des pratiques anticoncurrentielles, de leur détection à l'instruction des affaires – soit que le traitement de l'enquête passe par la veille concurrentielle et le relevé d'indices directement par les services d'instruction de l'Autorité, soit que le Rapporteur général prenne en charge les projets d'enquête transmis par la DGCCRF ou le suivi contentieux des résultats de ses enquêtes – et jusqu'à la décision.

17. Enfin, alors qu'elle pouvait déjà s'autosaisir en matière contentieuse, l'Autorité gagne la faculté de déclencher de son propre mouvement son pouvoir consultatif, ce qui lui permet de déterminer ses propres priorités d'action et de fournir ses diagnostic et recommandations là où elle les estime le plus utile.

18. L'ensemble de ce panorama rapide fait ressortir également que, par contraste avec la problématique des autorités « multifonction » qui ont, dans la période récente, acquis en sus de leur compétence en matière de concurrence la tâche de réguler un ou plusieurs secteurs de l'économie, l'Autorité a toujours vu ses missions centrées exclusivement sur la défense des règles de concurrence, toute l'expertise sur ce sujet, et rien que celle-ci, étant peu à peu rassemblée en son sein, et détachée notamment de la mission de protection du consommateur exercée par le ministère.

2. La consécration de l'indépendance de l'Autorité de la concurrence a permis le déploiement et l'approfondissement de son expertise

2.1 Le contrôle des opérations de concentration par l'Autorité de la concurrence

19. L'objectif premier de la LME a consisté, s'agissant de ce volet de la politique de concurrence, à acter un partage des attributions plus clair et efficace entre l'autorité indépendante, à qui a été entièrement dévolu le contrôle des concentrations fondé sur leur bilan concurrentiel, et le pouvoir exécutif, au bénéfice duquel un mécanisme de coordination a été instauré afin que le politique puisse reprendre la main si les intérêts stratégiques du pays venaient à être en jeu.

20. En pratique, la LME a transféré l'ensemble des étapes du contrôle des concentrations à l'Autorité – depuis la notification des projets jusqu'au suivi de la mise en œuvre d'éventuels engagements, en passant par l'examen de fond, rapide ou approfondi, et l'adoption d'une décision finale, soumise le cas échéant au contrôle du juge. Au terme du processus, le ministre chargé de l'économie dispose du pouvoir d'évoquer une affaire ayant une dimension stratégique et, après avoir entendu les parties, de substituer sa propre décision, publique et motivée, à celle de l'Autorité, mais ce uniquement pour des motifs d'intérêt général (sécurité nationale, santé publique...) et sans remettre en cause l'analyse concurrentielle conduite par l'Autorité. À ce jour ce pouvoir n'a jamais été mis en œuvre.

21. Les acquis de cette réforme sont manifestes. Ayant permis la concentration des ressources et des compétences entre les mains du régulateur, elle a achevé de détacher l'examen conduit de tout soupçon d'interférence politique.

22. Au moment où elle a été consacrée, cette évolution ne présentait du reste guère d'originalité dans le paysage de la régulation concurrentielle dans l'Union européenne, puisque tout au contraire l'organisation duale qui prévalait jusqu'alors était devenue l'exception – la France était en 2008, avec Malte, le dernier État à la maintenir. Ce schéma imposait alors que soient successivement conduits un bilan concurrentiel, puis un bilan économique et social, menés par le seul ministre chargé de l'économie dans les cas simples, le Conseil de la concurrence lui procurant en principe son éclairage dans les cas estimés plus complexes – la pratique « *ne reflét[ant] cependant plus le partage des rôles prévu par les textes* »⁶ puisque le nombre de dossiers soumis au Conseil a décliné au fil du temps, de 12 en 1993 à 2 en 2007. De fait, l'examen de l'opération se trouvait affecté par cette confusion des rôles et, partant, sa crédibilité entachée de suspicion, l'analyse du ministre étant perçue comme susceptible de reposer en partie sur des considérations étrangères à la concurrence – difficulté qui avait été expressément mise en lumière par la Commission pour la libération de la croissance française⁷.

23. Cette unification du contrôle des concentrations entre les mains du seul régulateur indépendant a en outre relancé la pratique des renvois d'affaires de la Commission européenne à l'autorité nationale compétente sur le fondement des articles 4, paragraphe 4 et 9 du règlement n°139/2004 sur les concentrations. Le nombre de dossiers renvoyés chaque année par la Commission à l'autorité française a

⁶ Rapport de la Commission sur la libération de la croissance française, p.140

⁷ Ib.

ainsi crû de manière sensible à compter de 2009 avec un total de 17 renvois depuis lors, dont 5 pour la seule année 2014, alors que trois affaires avaient été renvoyées au cours des cinq années précédant le transfert de compétences à l'Autorité.

24. L'indépendance de l'Autorité en matière de contrôle des opérations de fusion et d'acquisitions s'est en outre fortement manifestée concernant les engagements souscrits par les entreprises. La créativité dans la définition des engagements et la fermeté dans le suivi de leur exécution ont constitué un aspect central de la crédibilité et de l'efficacité du système, puisqu'ici l'Autorité recouvre une faculté de priorisation de son activité, en orientant les mesures correctives à apporter pour remédier aux préoccupations de concurrence identifiées, et en imposant leur respect y compris, si nécessaire, par la voie de la sanction.

25. L'Autorité s'est montrée dès l'origine ouverte à la possibilité d'accepter des engagements comportementaux, tout en étant attentive à la définition fine de leur mise en œuvre, afin de garantir le caractère effectif et vérifiable de leur exécution. C'est ainsi que trois quarts des 45 décisions d'autorisations sous réserve de la mise en œuvre d'engagements prises par l'Autorité depuis 2009 comportaient, exclusivement ou notamment, des remèdes de nature comportementale.

26. La compétence désormais dévolue à l'Autorité de suivi des engagements lui permet veiller à leur mise en œuvre effective, laquelle conditionne la pleine licéité de l'opération, et de se saisir d'office en cas de manquement. La crédibilité du contrôle exercé par l'Autorité est ainsi étayée par la fermeté avec laquelle elle sanctionne, comme la loi l'y autorise, le manquement aux obligations afférentes au contrôle des concentrations.

27. L'Autorité a ainsi été conduite à prononcer des sanctions pécuniaires pour violation de l'obligation de notifier une opération⁸, ou pour défaut de respect des engagements conditionnant une opération de concentration⁹. L'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Canal Plus a fourni une illustration particulièrement probante de la vigilance de l'Autorité puisque, par une décision du 20 septembre 2011, elle a retiré l'autorisation délivrée par le ministre de l'économie le 30 août 2006, faute pour les parties d'avoir respecté l'intégralité des engagements dont elle était assortie ; l'opération ayant été re-notifiée le 24 octobre 2011, l'Autorité l'a autorisée le 23 juillet 2012, sous réserve du respect d'injonctions de nature à rétablir une concurrence suffisante sur les marchés de la télévision payante¹⁰.

2.2 *La pratique de la fonction consultative, au sein de la gamme des instruments de la régulation concurrentielle*

28. L'affirmation de l'indépendance du Conseil, puis de l'Autorité est allée de pair avec celle de son rôle consultatif – la loi de 1977 a permis à la Commission des ententes de conseiller le gouvernement sur toute question intéressant la concurrence, l'ordonnance de 1986 a marqué l'avènement de la faculté pour le Conseil de la concurrence de formuler des recommandations aux pouvoirs publics y compris sur des projets de textes législatifs ou réglementaires, la loi LME de 2008 a parachevé ce mouvement en conférant à la nouvelle Autorité de la concurrence le pouvoir d'auto-saisine en matière consultative.

⁸ Décisions 12-D-12 du 11 mai 2012, 13-D-01 du 31 janvier 2013 et 13-D-22 du 20 décembre 2013 relatives à la situation au regard du I de l'article L. 430-8 du code de commerce du groupe Colruyt, du groupe Castel et des groupes Réunica et Arpège

⁹ Décision 12-D-15 du 9 juillet 2012 relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de Socopa Viandes par Groupe Bigard

¹⁰ Décision 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus

29. La fonction consultative est un instrument qui prend toute sa portée en conjugaison avec la mise en œuvre des autres composantes de la palette de la régulation concurrentielle, dans un continuum du « soft power » à la mise en œuvre du pouvoir de sanction. Envers les entreprises, les avis de l'Autorité sont entendus à la mesure du caractère dissuasif de ses prérogatives et de son pouvoir de décision de nature contentieuse ; à l'égard des pouvoirs publics, le rôle d'avocat de la concurrence de l'Autorité est également conforté par son rôle contentieux car ses décisions, sur de nombreux sujets, par exemple en matière de pratiques tarifaires des opérateurs historiques ou d'accès à des facilités essentielles, ont tracé le standard pour des avis ultérieurs.

30. Ainsi la fonction consultative gagne en retentissement lorsque, confiée à un régulateur indépendant, elle s'insère dans l'exercice combiné de l'ensemble des instruments de la régulation concurrentielle.

31. En outre, un effet de fertilisation croisée naît de l'exercice cumulé des différentes prérogatives et permet au régulateur concurrentiel, dans un système moniste, de maximiser l'effectivité de la mise en œuvre de la politique de concurrence – c'est ainsi par exemple que la mise au point de remèdes pertinents et crédibles dans le cadre du contrôle des concentrations bénéficie directement des savoir-faire acquis lors de la définition d'engagements dans les cas de procédures pour abus de position dominante, et réciproquement. Il en est de même, de plus fort, quant à l'expertise et à la connaissance approfondie d'un secteur acquises dans l'exercice parallèle du contrôle des concentrations et de la fonction consultative : l'avis rendu à la demande de la Ville de Paris sur la distribution alimentaire ¹¹ en 2012 avait permis de mettre en lumière le très fort degré de concentration du secteur ainsi que les barrières à l'entrée qui freinent, structurellement, le renouveau des enseignes au niveau local. Ce constat a été effectué de nouveau et approfondi ultérieurement dans le cadre de l'analyse du projet de prise de contrôle exclusif de Monoprix par Casino et la définition des engagements appropriés¹². De même l'examen du rapprochement des activités des filiales de transport des groupes Veolia et Caisse des dépôts, Veolia Transport et Transdev¹³, a pu s'appuyer sur les acquis de l'enquête sectorielle relative au transport public terrestre de voyageurs conduite par l'Autorité, de sa propre initiative, notamment sur la dimension multimodale des offres de transport public urbain et interurbain ¹⁴.

32. Distincte de l'exécutif et non soumise à ses instructions, l'Autorité a ainsi pu évoluer pour devenir un conseiller du gouvernement perçu comme d'autant plus fiable qu'il en est indépendant, et que son opinion ne repose sur aucune autre considération que sa propre analyse. Il en est pour preuve que la relation avec les pouvoirs publics dans l'exercice de la fonction consultative, cinq ans après la loi LME, se présente comme particulièrement dense. L'Autorité rend ses avis aux pouvoirs publics sur saisine, soit obligatoire, soit – dans la grande majorité des cas – facultative, ce qui témoigne de la confiance de l'administration, et de l'intérêt pour les pouvoirs publics de pouvoir se tourner vers un expert indépendant. Ces avis sont l'occasion pour le gouvernement d'obtenir une analyse très en amont du fonctionnement concret d'un marché et ses effets sur consommateurs (série d'avis relatifs à l'outremer¹⁵), de tester l'intérêt

¹¹ Avis 12-A-01 du 11 janvier 2012 relative à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris

¹² Décision du 11 juillet 2013 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Monoprix par la société Casino Guichard-Perrachon

¹³ Décision 10-DCC-198 du 30 décembre 2010 relative à la création d'une entreprise commune par Veolia Environnement et la Caisse des dépôts et consignations.

¹⁴ Avis 09-A-55 du 4 novembre 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs

¹⁵ Avis 09-A-21 du 24 juin 2009 relatif à la situation de la concurrence sur les marchés des carburants dans les départements d'outre-mer ; Avis n° 09-A-45 du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer ; Avis du 3

de réguler un secteur, au vu de l'évaluation des pratiques commerciales existantes (livre numérique¹⁶), d'inclure dans la phase d'élaboration d'un projet de texte une expertise en matière concurrentielle (réforme du secteur ferroviaire¹⁷), ou de voir établir le bilan concurrentiel d'une législation existante (urbanisme commercial).

33. Le type d'assistance et d'éclairage apporté aux pouvoirs publics n'est pas différent lorsque l'Autorité s'autosaisit, mais c'est alors elle qui détermine ses priorités et vient désigner au gouvernement des mesures à prendre pour améliorer le fonctionnement d'un marché, le plus souvent dans un secteur d'intérêt pour les consommateurs ou bien dont le poids est important dans l'économie – ce dont témoignent les deux récentes enquêtes sectorielles sur la distribution des médicaments en ville d'une part¹⁸ et les transports interurbains par autocar, d'autre part¹⁹, qui ont abouti à des recommandations dont certaines ont des prolongements concrets dans des projets de réformes récents ou en cours : dans le secteur de la santé, vente en grande surface ou parapharmacie des produits frontalières (tests de grossesse, produit pour lentilles de contact), développement de la vente de médicaments en ligne ; dans celui des transports, fin des contraintes posées par le cabotage international, projet de réforme du régime d'autorisation des lignes régulières interrégionales de transport par autocar...

34. Ainsi le gouvernement retire un bénéfice immédiat de l'affirmation de l'indépendance du régulateur concurrentiel, de l'élargissement de la gamme de ses instruments, et de l'approfondissement subséquent de son expertise.

3. L'indépendance et les prérogatives accrues du régulateur concurrentiel ont appelé la mise en place de garanties renforcées :

35. L'indépendance renforcée acquise et exercée par l'Autorité au fil des évolutions institutionnelles et singulièrement depuis la loi LME de 2008, accompagnée du déploiement de ses prérogatives, ont emporté un niveau d'exigence accru quant à la responsabilité qui est la sienne de rendre compte de son action et de garantir le traitement impartial des entreprises concernées par la mise en œuvre de ses compétences.

3.1 Indépendance de l'exécutif et responsabilité devant le Parlement

36. L'indépendance à l'égard de l'exécutif a pour corollaire immédiat un devoir de responsabilité (terme qui rend de manière imparfaite la notion d'*accountability*) devant la représentation nationale.

37. La prise de distance d'avec l'exécutif est marquée notamment par les modalités de nomination. Le Président, les quatre Vice-présidents et les douze membres non permanents composant le collège sont nommés sur décret du Président de la République, le mandat de l'ensemble des membres du collège étant de cinq ans ; ils ne sont pas révocables – sauf dans les cas exceptionnels strictement définis par le Code de commerce. Quant au rapporteur général, s'il est comme auparavant nommé par arrêté du ministre chargé

février 2010 et du 28 juillet 2010 relatif à deux projets de décret réglementant les prix des produits pétroliers et du gaz de pétrole liquéfié dans les départements d'Outre-mer

¹⁶ Avis 09-A-56 du 18 décembre 2009 relatif à une demande d'avis du ministre de la culture et de la communication portant sur le livre numérique

¹⁷ Avis 13-A-14 du 4 octobre 2013 relatif au projet de loi portant réforme ferroviaire

¹⁸ Avis du 19 décembre 2013 relatif au fonctionnement de la concurrence dans le secteur de la distribution du médicament à usage humain en ville

¹⁹ Avis du 27 février 2014 relatif au fonctionnement concurrentiel du marché du transport interrégional régulier par autocar

de l'économie, il ne l'est cependant que sur simple avis du collège, et non plus sur proposition du Président.

38. A cet égard la réforme institutionnelle de 2008 a été suivie de l'instauration d'une pratique radicalement nouvelle en France, puisqu'aux termes de nouvelles dispositions relatives au mode de désignation du Président de l'Autorité (loi organique n°2010-837 et loi n°2010-838 du 23 juillet 2010 relatives à l'application de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution), sa nomination par décret du Président de la République n'intervient qu'après une audition devant les commissions des affaires économiques des deux assemblées parlementaires – Sénat et Assemblée nationale – qui peuvent y faire échec par un vote négatif représentant au moins 3/5 des suffrages exprimés au sein de ces deux commissions. L'audition du candidat dont la nomination est pressentie en qualité de Président est l'occasion de formaliser un projet pour la mandature qui s'ouvre, de tracer – sans empiéter sur les attributions du collège à cet égard – les pistes des priorités de l'institution, et de faire dès alors œuvre de pédagogie pour conduire les sénateurs et députés concernés à prendre la mesure du rôle que l'Autorité peut jouer au bénéfice de politiques publiques conformes aux règles de la concurrence. Cette procédure profondément originale dans le paysage institutionnel français donne tout à la fois la mesure de l'indépendance de l'institution et celle de la confiance nécessaire à l'utilité de la mission à l'accomplissement de laquelle son Président s'engage.

39. Il est également requis de l'Autorité, de manière plus classique, qu'elle remette au Parlement son rapport annuel d'activité, exercice d'évaluation *ex post* public et accessible à tous. Mais cette obligation déontologique et légale s'inscrit plus largement dans le contexte d'un dialogue soutenu : ainsi l'Autorité est auditionnée par le Parlement en moyenne plus d'une fois par mois. Les commissions parlementaires saisissent également l'Autorité pour avis dans le cadre de sa fonction consultative (secteur laitier²⁰, loi NOME²¹, déploiement de la fibre optique²², secteur des autoroutes²³...) C'est encore une contrepartie de l'indépendance acquise par l'Autorité que de mettre son expertise à disposition des différentes branches des pouvoirs publics, exécutif comme législatif (et occasionnellement judiciaire) et ce faisant de faire porter sa mission de pédagogie de la concurrence à l'origine même du processus normatif.

40. De solides garanties d'indépendance et d'impartialité vis-à-vis des acteurs économiques

41. L'indépendance ne s'entend pas seulement vis-à-vis des interférences politiques mais également à l'égard des lobbies et des éventuelles pressions exercées par les acteurs économiques. Sous cet aspect, les réformes institutionnelles ont permis d'établir l'indépendance et l'impartialité comme une dimension de l'exercice de toutes les attributions de l'Autorité, contentieuses ou non.

42. On relèvera que la circonstance que l'Autorité s'est vu remettre l'exercice de tous les instruments de la régulation concurrentielle, et seulement de ceux-ci, sans que lui soient par surcroît attribuées des compétences comme régulateur sectoriel, a contribué à lui permettre de rester à distance des acteurs du marché, et constitue en retour pour ceux-ci une garantie d'équité de traitement – ils y trouvent une assurance supplémentaire de ce que l'Autorité défend la concurrence, non pas les concurrents, ni même les nouveaux entrants.

²⁰ Avis du 2 octobre 2009 relatif au fonctionnement du secteur laitier

²¹ Avis 10-A-08 du 17 mai 2010 relatif au projet de loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité

²² Avis 12-A-02 du 17 janvier 2012 concernant le cadre d'intervention des collectivités territoriales en matière de déploiement des réseaux à très haut débit

²³ Avis 14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires

43. La séparation fonctionnelle stricte entre les fonctions d'instruction et de décision dans les procédures susceptibles d'aboutir au prononcé d'une sanction est une caractéristique essentielle de l'organisation de l'Autorité et offre aux parties des garanties particulièrement solides d'impartialité.

44. Le choix historique d'une régulation administrative ayant été affirmé dès 1986, acté en 1987 par le juge constitutionnel – qui a jugé que le Conseil de la concurrence est un « *organisme administratif* » et « *de nature non juridictionnelle*²⁴ » – c'est dans ce cadre que s'est développé au bénéfice des parties un ensemble de garanties conférées par la séparation fonctionnelle entre les fonctions d'instruction et de décision, au sein d'une autorité administrative unique.

45. Ce modèle administratif de régulation concurrentielle se devait d'être conforme aux critères du procès équitable défini à l'article 6§1 de la CEDH : il a été reconnu par le juge national, tant judiciaire qu'administratif, qu'une autorité administrative, bien que ne constituant pas une juridiction, devait être soumise au respect des garanties qui s'attachent à la fonction juridictionnelle au sens de cet article²⁵.

46. L'actuelle organisation de l'Autorité est née cependant des exigences supplémentaires posées par la jurisprudence française, la Cour de cassation ayant fait à l'égard du Conseil de la concurrence une lecture plus extensive de l'article 6§1 CEDH que la Cour de Strasbourg, en jugeant que le rapporteur des services d'instruction du Conseil de la concurrence ne pouvait participer au délibéré du collège, fût-ce sans voix délibérative²⁶. Le législateur, après le Conseil lui-même, en a tiré les conséquences, et au-delà, à l'occasion de la loi NRE de 2001 en important les principes du procès équitable dès le stade administratif – et non pas seulement lors du contrôle juridictionnel. Lors de la réforme opérée par la loi LME de 2008, à l'issue d'un vaste débat parlementaire, le législateur a encore renforcé ce dispositif de séparation fonctionnelle – en même temps que cette loi consacrait pour la première fois dans le droit positif le statut d'autorité administrative indépendante du régulateur concurrentiel. Si la dissociation fonctionnelle entre instruction et décision ne constituait pas une garantie requise par le juge comme étant indispensable au respect de l'impartialité²⁷ cette organisation a néanmoins été choisie afin de mettre nettement hors de doute le caractère équitable de la procédure.

47. La conformité de ce schéma institutionnel aux règles formant bloc de constitutionnalité a été pleinement validée par le Conseil constitutionnel à l'occasion d'une double question prioritaire de constitutionnalité concernant les décisions de l'Autorité de la concurrence, dans le cadre du rapprochement entre CanalSat et TPS (cf. supra), ces sociétés ayant élevé une contestation de l'impartialité du processus décisionnel de l'Autorité. Le Conseil constitutionnel a jugé conformes à la Constitution les dispositions légales établissant les prérogatives de l'Autorité de la concurrence, estimant que ses règles de délibération et ses modalités de saisine respectaient les principes d'indépendance et d'impartialité tels qu'applicables au pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes, en l'absence « *de confusion entre les fonctions de poursuite et d'instruction et les pouvoirs de sanction* »²⁸.

48. Cette séparation fonctionnelle s'incarne, de manière concrète, dans le fonctionnement matériel de l'Autorité : le Président est ordonnateur des dépenses de l'Autorité, laquelle dispose d'une ligne budgétaire spécifique, sans fongibilité dans le budget du ministère de l'économie, tandis que le rapporteur général devient ordonnateur des dépenses des services d'instruction, sur délégation obligatoire du Président. C'est en outre au rapporteur général qu'il revient de nommer les rapporteurs généraux adjoints, les rapporteurs permanents et non permanents, et les enquêteurs.

²⁴ Décision n°86-224 DC du 23 janvier 1987

²⁵ Cass. Com., COB c. Oury, 5 février 1999; CE Didier, 3 décembre 1999

²⁶ Cass. Com., 5 octobre 1999, précité

²⁷ CE Didier, 3 décembre 1999, précité

²⁸ Cons. Constitutionnel, décision 2012-280 QPC du 12 octobre 2012

49. Au plan procédural, alors que le Conseil de la concurrence avait la possibilité de se saisir d'office, c'est désormais le rapporteur général qui en fait la proposition à l'Autorité. Le rapporteur général maîtrise le déroulement des enquêtes, gère les prorogations de délais impartis, déclenche la procédure simplifiée, assure la gestion du secret d'affaires...

50. Plus substantiellement, cette modalité d'organisation, cumulée à la collégialité qui marque le fonctionnement du collège, est un facteur de robustesse des décisions de l'Autorité, en ce qu'elle permet que soit porté un regard neuf sur le cas au stade de la décision, l'occurrence de plusieurs non-lieu et renvois à l'instruction attestant de la réalité concrète de la séparation fonctionnelle. En termes d'indépendance, cette configuration est en outre propre à décourager les tentatives de pression.

51. Au total, il apparaît qu'une séparation fonctionnelle effective, au sein d'une autorité administrative unique couvrant l'ensemble de la chaîne de la régulation concurrentielle, sous le contrôle du juge doté d'un pouvoir de réformation, est apte à offrir aux parties des garanties d'impartialité en tout point aussi solides qu'une séparation organique reposant sur la transmission du dossier à une instance juridictionnelle ou quasi-juridictionnelle tierce.

52. Dans ce cadre rénové, l'institution du commissaire du gouvernement, loin d'empiéter sur l'indépendance de l'Autorité, a été de nature à la renforcer aux yeux des entreprises. Le gouvernement est ainsi représenté dans les séances de l'Autorité par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, son représentant étant désigné à cette fonction par le ministre de l'économie, en tant que « commissaire du gouvernement » (art. L461-2 *in fine* du Code de commerce). Il reçoit communication du dossier remis aux membres du collège à l'issue de l'instruction et présente, sur toutes les affaires de pratiques anticoncurrentielles dont l'Autorité est saisie, des observations sur les circonstances de fait de l'espèce et les règles de droit applicables, ainsi que son opinion sur les solutions possibles. Il ne participe bien entendu pas ensuite à la délibération. Cette modalité d'expression publique de la position du gouvernement dans les affaires antitrust, de manière transparente, motivée et contradictoire, éloigne tout soupçon d'influence ou de pression occulte exercée par l'exécutif sur la décision de l'Autorité.

53. La combinaison de l'accroissement de ses pouvoirs et du parachèvement de son indépendance a requis de l'Autorité qu'elle progresse sur le terrain du devoir de transparence et de prévisibilité de sa pratique. C'est ainsi que l'acquisition de la compétence en matière de contrôle des concentrations s'est accompagnée dès 2009 de l'adoption de lignes directrices, que l'élévation du plafond des sanctions financières en matière de pratiques anticoncurrentielles a conduit en 2011 à la publication d'un communiqué, opposable à l'Autorité, relatif à sa méthode de calcul des sanctions – d'amples développements étant en outre consacrés à ce point dans ses décisions – et que le développement de la fonction consultative, notamment par des enquêtes sectorielles d'initiative a emporté le recours fréquent à des consultations publiques, afin de prendre en compte la pluralité des points de vue, des intérêts, et des objectifs de politiques publiques concernés, et de garantir la transparence de du matériau sur lequel se fonde l'analyse de l'Autorité.

*

54. La réforme institutionnelle est un processus graduel et continu, la régulation concurrentielle devant s'ajuster à l'évolution du comportement des opérateurs économiques, à l'émergence ou à la recomposition de certains marchés, et aux attentes tant des pouvoirs publics que des consommateurs. En ce moment même, un projet de loi est ainsi en cours d'élaboration en France, qui pourrait conduire à étendre les pouvoirs de l'Autorité – notamment dans le secteur de la distribution, afin de mieux traiter les préoccupations concurrentielles rencontrées – ou à en moderniser l'exercice, s'agissant par exemple de la procédure de transaction, dont l'effectivité pourrait se trouver renforcée.