

Mélanges en l'honneur
du Professeur
Bernard Teyssié

CONCURRENCE : PLAIDOYER POUR UNE VRAIE RÉFORME

Louis VOGEL

1. Réformer le droit de la concurrence¹ est plus que jamais d'actualité. De multiples projets ont vu le jour. Ils émanent des milieux les plus divers : le gouvernement², la Commission européenne³, les autorités administratives⁴, les

-
1. Notre étude ne porte que sur le « grand » droit de la concurrence (pratiques anticoncurrentielles et contrôle des concentrations), qui constitue le cœur du droit de la concurrence. Encore nous contenterons-nous, pour les règles de fond, de quelques illustrations actuelles de propos généraux. Une réforme d'ensemble impliquerait aussi de modifier la structure des textes en distinguant clairement entre bilan concurrentiel, contribution à l'efficacité économique et intérêt général, en prenant expressément en compte le degré de concentration du marché dans l'appréciation d'une concentration et en supprimant toutes les « scories » que constituent aujourd'hui les règles spéciales, géographiques ou sectorielles, qui, soit font double emploi avec les règles générales, soit sont irréconciliables avec elles. Pour une vue d'ensemble, V. L. VOGEL, *Concurrence : 10 leçons*, LawLex-Bruylant, 2017. Une réforme du « petit » droit de la concurrence (pratiques restrictives et abusives) a également été adoptée (V. Ord. 2019-359 du 24 avril 2019, *JO* 25 avril 2019).
 2. Cf. not. l'amendement n° 2029 présenté par le gouvernement dans le cadre de la loi Croissance et transformation des entreprises (n° 1088) destiné à transposer en droit français la proposition de directive ECN+ intégrée à la loi PACTE, mais déclaré inconstitutionnel par la décision 2019-781 du 16 mai 2019.
 3. Cf. not. Dir. 2014/104/UE sur l'indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles transposée en droit français par l'ordonnance du 9 mars 2017 : *JO* 16 mars 2017 ; la proposition de directive dite « ECN+ » visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus facilement les règles de concurrence : Doc. COM(2017), 142 final, 22 mars 2017 : *Contrats, conc. consom.* 2017, 110, obs. D. BOSCO adoptée le 11 déc. 2018 (Dir. 2019/1, *JOUE* 11, 14 janv. 2019) ; ou encore la consultation sur un projet d'orientation destinée à aider les juridictions nationales à estimer le préjudice économique causé par les ententes, communiqué UE, IP/18/4369, 5 juill. 2018, concrétisée par les « Orientations à l'intention des juridictions nationales sur la façon d'estimer la part du surcoût repercutée sur les acheteurs indirects » publiées le 1^{er} juillet 2019.
 4. Cf. la consultation publique sur le contrôle des concentrations lancée par l'Autorité de la concurrence : Aut. conc., 20 oct. 2017 qui a donné lieu à l'adoption du décret 2019-339 du 18 avril 2019 portant simplification du dossier de notification d'une opération de concentration à l'Autorité de la concurrence, *JO* 20 avril 2019 ; et celle sur la nouvelle procédure de transaction : Aut. conc., communiqué, 5 mars 2018, relatif à la procédure de transaction qui a donné lieu au communiqué de procédure du 21 déc. 2018.

milieux économiques⁵, la doctrine ou les professionnels du droit⁶. Tout le monde s'accorde sur la nécessité de réformer le droit européen et français de la concurrence.

En revanche, il n'existe aucun consensus sur le contenu de la réforme. La société civile au sens large (milieux économiques, doctrine et professionnels du droit) milite généralement pour une réforme d'ensemble, profonde, complète, qui concernerait tant les règles de procédure que de fond et s'appliquerait à toutes les branches du « grand » droit de la concurrence : ententes, abus de position dominante et concentrations.

Les projets de l'administration (gouvernement, Commission européenne, Autorité de la concurrence), beaucoup plus ciblés, ne concernent que des aspects très spécifiques du droit de la concurrence : certaines questions de procédure⁷, certaines formes de distribution⁸ ou certains aspects du contrôle des concentrations⁹.

2. Surtout, les projets « publics » ne semblent inspirés par aucune idée d'ensemble qui constituerait une nouvelle doctrine de contrôle plus nécessaire que jamais. En effet, les droits de la concurrence des pays européens apparaissent aujourd'hui profondément déséquilibrés en faveur des autorités de contrôle et au détriment des entreprises. Comment se manifeste ce déséquilibre ?

D'abord, se multiplient les schémas de décision automatiques. La nature administrative des autorités de contrôle les incite de plus en plus fréquemment à éviter des débats contradictoires difficiles vu la difficulté de la preuve économique et à adopter une fois pour toutes certains critères abstraits qui, lorsqu'ils sont remplis, leur permettent d'identifier une pratique ou une situation anticoncurrentielle. Ainsi, dans l'arrêt *Airtours*, intervenu dans le domaine du contrôle des concentrations, les autorités européennes ont défini les trois conditions qui doivent être

5. Cf. les propositions de réforme du droit de la concurrence de l'AFEP ou de la CCI.

6. Cf. les propositions de l'AFEC ou du Club des juristes : Rapport « Pour une réforme du droit de la concurrence », www.leclubdesjuristes.com/les-commissions/reforme-droit-de-concurrence/, Groupe de travail sous la présidence de Guy Canivet et Frédéric Jenny.

7. Cf. l'amendement n° 2029 du 3 septembre 2018 à la loi Croissance et transformation des entreprises (dite « loi PACTE ») destiné à transposer en droit français la proportion de directive ECN+ déclaré inconstitutionnel le 16 mai 2019, ou le projet de communiqué de l'Autorité de la concurrence sur la nouvelle procédure de transaction, adopté le 21 déc. 2018.

8. Par ex., le commerce électronique : cf. les propositions du Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, 10 mai 2017 : Doc. COM(2017), 229 final ; ou la publicité sur internet : cf. Aut. conc., avis n° 18-A-03, 6 mars 2018, portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité sur internet.

9. V., par ex., les propositions de l'Autorité de la concurrence sur la « Modernisation et la simplification du contrôle des concentrations », Communiqué de presse, 7 juin 2018 ; *addde*, I. DE SILVA, *La modernisation et la simplification du contrôle des concentrations* : *JCP E* 2018, 1460. – C. PAULHAC, *Contrôle des concentrations en France : vers une procédure allégée, plus simple et plus rapide* : *Contrats, conc. consom.* août-sept. 2018, 38. – M. COUSIN, *Droit des concentrations : faut-il réformer pour mieux contrôler ?* : *Contrats, conc. consom.* août-sept. 2018, 4. Le décret 2019-339 du 18 avril 2019 portant simplification du dossier de notification a été publié le 20 avril 2019.

réunies pour qu'une « coordination entre entreprises soit possible » ou – ce qui revient au même – pour qu'une position dominante collective puisse être constatée¹⁰. Le droit français prohibe également les prix de revente imposés dans les accords verticaux dès lors que, selon les critères du « triple test », les prix ont été évoqués par le fournisseur, que celui-ci pratique une police des prix et que les distributeurs appliquent les prix conseillés de manière significative¹¹, une application par 80 % d'entre eux faisant présumer une « application effective des prix »¹². Comment les entreprises peuvent-elles accepter de tels jugements automatiques qui ferment la porte à tout débat contradictoire alors que chacun connaît la complexité et l'évolution permanente des marchés ? Les juridictions ne s'y trompent pas, même si elles ne résistent que timidement. Selon la cour d'appel de Paris, les relevés effectués par l'administration pour une période de temps limitée n'ont pas force probante pour une période de temps plus étendue¹³. Selon la Cour de cassation, les relevés de prix ne constituent qu'un indice parmi d'autres¹⁴. Enfin, selon la Cour de justice, les autorités européennes doivent « se garder de toute démarche mécanique consistant à apprécier séparément chacun des critères [de l'arrêt *Airtours*] pris isolément, en ignorant le mécanisme économique global d'une hypothétique coordination tacite »¹⁵.

Ensuite, reconnaissons-le : avec l'expérience, les entreprises abandonnent les ententes ouvertes au profit d'ententes occultes, difficiles à prouver ; de même, les taux de récidive semblent indiquer que certaines ententes sont « rentables » en dépit de leur sanction. La plupart des réformes législatives ou des innovations jurisprudentielles intervenues récemment en Europe ont eu pour objet de réagir en facilitant la preuve de l'entente dans ses deux composantes, la concertation et la restriction de concurrence, et en rendant la procédure d'enquête plus intrusive. La notion d'infraction complexe, de création purement prétorienne, permet ainsi de considérer qu'une entreprise est partie à une entente globale bien qu'elle n'ait participé qu'à certains de ses éléments « lorsqu'elle savait ou devait nécessairement savoir » que sa participation à certains éléments de l'entente s'inscrivait dans un plan global dont elle connaissait la portée « ou qu'elle pouvait raisonnablement prévoir »¹⁶. Quant à la restriction de concurrence, la Commission estime aujourd'hui que les restrictions dites par objet sont tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence « qu'il est inutile (...) de démontrer qu'elles ont des effets concrets sur le marché »¹⁷. Mais comment une entreprise peut-elle raisonna-

10. TPICE, 6 juin 2002, aff. T-342-99, *Airtours* : LawLex023474.

11. Paris, 26 juin 2007 : LawLex07867.

12. Cons. conc., déc. n° 07-D-50, 20 déc. 2007 : LawLex072024.

13. Paris, 29 avr. 2009 : LawLex091593.

14. Cass. com., 11 juin 2013 : LawLex13942.

15. CJCE, 10 juill. 2008, aff. C-413-06 P, *Impala* : LawLex081617.

16. Comm. CE, déc. n° 94-601, 13 juill. 1994, *Carton* : LawLex023870.

17. Comm. CE, communication n° 2004-C 101-08, pt 21.

blement contester une concertation ou une restriction de concurrence qui n'a pas été véritablement établie ? À cela s'ajoutent un droit des enquêtes et des sanctions de plus en plus à la main de l'administration.

3. L'équilibre du système juridique doit être rétabli : voilà la vraie réforme dont nous avons besoin, la seule souhaitée par les opérateurs. Leur participation réelle constitue d'ailleurs une condition de réussite essentielle de tout projet de réforme.

Souhaitons donc que les futures réformes du droit de la concurrence associent davantage aux travaux de l'administration les milieux économiques, la doctrine et les professionnels du droit. La simple consultation de la société civile sur un projet initié par l'administration ne suffit pas, même si elle est utile. Exemple le plus réussi de réforme globale du droit de la concurrence, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a, pour la première fois, doté notre pays d'un véritable droit de la concurrence. Cette ordonnance a été préparée par un groupe d'experts dont deux professeurs de droit reconnus¹⁸ qui ont élaboré, de concert avec l'administration, un projet commun particulièrement novateur qui prenait en compte les besoins de la pratique. Pourquoi ne pas suivre cet exemple ?

4. Espérons qu'au-delà des micro-réformes, le droit de la concurrence soit entièrement reconstruit. Cette « remise à plat » porterait à la fois sur la procédure, le fond, les institutions et les méthodes¹⁹, sans oublier que l'essentiel du droit se trouve dans la jurisprudence alors que la *soft law*²⁰ joue un rôle grandissant, mais est devenue sur certaines questions largement obsolète du fait de l'évolution des marchés et de la jurisprudence²¹.

Que souhaitent les opérateurs ? Une procédure de concurrence plus équitable et plus efficiente (I), des règles de concurrence plus souples et plus sûres (II).

18. André Decocq, pénaliste réputé qui avait une connaissance approfondie du droit positif, et Michel Pédamon, spécialiste du droit allemand de la concurrence, à cette époque le plus avancé d'Europe.

19. Cf. en matière de gestion des autorités de concurrence, le rapport de la Chambre nationale d'audit danoise sur les améliorations pouvant être apportées au fonctionnement de l'Autorité danoise de concurrence qui pourrait servir de guide d'analyse général en la matière : J. ARANZE, *Danish enforcer must improve case management*, report says, *Global Competition Review*, 13 sept. 2018.

20. C'est-à-dire les multiples communications, lignes directrices, communiqués..., sans valeur normative, mais qui fixent la doctrine administrative.

21. Les Lignes directrices verticales de la Commission qui accompagnent le règlement Restrictions verticales mériteraient ainsi d'être réécrites à la lumière du rapport sur le commerce électronique et de l'arrêt *Coty* de la Cour de justice, comme le propose d'ailleurs la Commission dans sa roadmap lancée le 8 nov. 2018, Ares (2018) 5722104.

I. – UNE PROCÉDURE DE CONCURRENCE PLUS ÉQUITABLE ET PLUS EFFICIENTE

5. Les entreprises qui font l'objet d'une procédure de concurrence sont d'abord soumises à une enquête, simple ou lourde, puis à une procédure purement administrative susceptible d'aboutir, le cas échéant, à une sanction. L'expérience montre un besoin profond de réforme sur deux points : un meilleur encadrement des enquêtes de concurrence ; une plus grande transparence de la procédure de concurrence.

A. – Des enquêtes de concurrence mieux encadrées

1° État des lieux

6. Tout praticien du droit français de la concurrence est sidéré par l'écart profond et croissant entre les droits théoriques des entreprises en matière d'enquêtes de concurrence et leur faible portée pratique, aussi bien pour les enquêtes simples que pour les enquêtes lourdes.

7. L'article L. 450-3 du Code de commerce confère de très grands pouvoirs aux agents habilités à procéder dans le cadre d'une enquête simple, sans autorisation judiciaire préalable, aux investigations conduites en vue d'établir l'existence de pratiques anticoncurrentielles. Ils peuvent opérer sur la voie publique, accéder à tous lieux utilisés à des fins professionnelles ou en vue d'exécuter une prestation de services, ainsi qu'à tous moyens de transport à usage professionnel, exiger la communication des livres, factures et autres documents professionnels et en obtenir ou prendre copie par tous moyens et sur tous supports. La visite peut avoir lieu de manière inopinée²². Selon le Conseil constitutionnel, l'article L. 450-3 du Code de commerce ne viole ni le droit au secret des correspondances ou au respect de la vie privée, ni le principe d'inviolabilité du domicile dès lors qu'il ne permet pas d'obtenir des documents autres que professionnels et ne prévoit pas l'entrée dans les lieux à usage d'habitation²³. En pratique, les entreprises voient leurs droits très peu garantis : elles ne sont pas clairement averties qu'elles peuvent se faire assister d'un avocat et l'objet de l'enquête, qui doit être indiqué, demeure généralement très vague et se réfère souvent seulement à un ensemble de dispositions du Code de commerce ou de pratiques du secteur. Plus grave : la jurisprudence considère aujourd'hui que la mention pré-imprimée qui

22. Cons. conc., déc. n° 95-D-86, 12 déc. 1995 : LawLex022860, *BOCC* 16 mars 1996, 108.

23. Bien que l'absence de recours autonome effectif ait été jugée contraire par la Cour européenne des droits de l'homme à propos de la procédure tchèque en tous points similaire à la procédure française. V. Cons. const., 8 juill. 2016, n° 2016-552 QPC : LawLex161267, *Contrats, conc. consom.* 2016, n° 221, obs. DECOCQ.

figure sur tous les formulaires de procès-verbaux et indique que l'objet de l'enquête a été porté à la connaissance de la personne entendue suffit sauf preuve contraire²⁴. La loi Hamon du 17 mars 2014 a encore réduit les droits des entreprises : désormais les enquêteurs accèdent aux logiciels et aux données stockées ainsi qu'à la restitution en clair des informations propres à faciliter l'accomplissement de leur mission alors que, dans le cadre d'une enquête simple, les enquêteurs ne devraient pouvoir solliciter que la communication de documents préalablement identifiés²⁵. Depuis la loi PACTE du 22 mai 2019, les enquêteurs peuvent accéder aux données conservées et traitées par les opérateurs de télécommunication (fadettes). Les auditions ne sont ni filmées ni enregistrées, et les enquêteurs retranscrivent de façon résumée les déclarations des personnes entendues, sans que la retranscription exacte des propos soit garantie. Paradoxalement, même si elle apparaît plus anodine qu'une enquête lourde, l'enquête simple finit par lui ressembler beaucoup et expose les entreprises, notamment depuis la loi Hamon, à des risques plus importants qu'elles ne l'imaginent, du fait de l'insuffisance des droits dont elles bénéficient. En effet, il n'existe pas de voie de recours autonome et immédiate contre le déroulement des enquêtes simples. Une contestation ne peut être formée que par voie d'exception, devant l'Autorité de la concurrence, dans le cadre de la procédure administrative, plusieurs années après l'enquête²⁶.

8. Les enquêtes lourdes, véritables perquisitions de concurrence, se révèlent encore beaucoup plus intrusives, mais elles s'effectuent en principe sous le contrôle du juge. Elles sont soumises à une ordonnance du juge des libertés et de la détention (JLD) qui autorise les enquêteurs à procéder aux visites et saisies en tous lieux, mêmes privés, où sont susceptibles d'être détenus des documents se rapportant aux pratiques dont la preuve est recherchée²⁷. Les enquêteurs disposent d'un véritable droit de fouille qui peut aller jusqu'à saisir des parties

24. Cass. com., 20 nov. 2001 : LawLex022273, *BOCC* 31 déc. 2001.

25. Validant cette démarche des enquêteurs : Paris, 26 oct. 2017 : LawLex171736, *Concurrences* 2017/1, 157, obs. LACRESSE et CHICK.

26. Le Conseil constitutionnel a considéré que la procédure de l'article L. 450-3 du Code de commerce ne méconnaissait pas le droit à un recours juridictionnel effectif. V. Cons. const., 8 juill. 2016, n° 2016-552 QPC : LawLex161267, *Contrats, conc. consom.* 2016, n° 221, obs. DECOCQ. – *Adde* : Aut. conc., n° 18-D-26, 6 déc. 2016 : LawLex181987, *Contrats, conc. consom.* 2017, n° 18, obs. DECOCQ.

27. La perquisition ne peut commencer avant 6 heures ou après 21 heures, mais se prolonge généralement tard dans la nuit. Cass. crim., 16 mai 2018, n° 17-84.909 : les enquêteurs disposent d'un droit de fouille généralisé. Les enquêteurs ne sont soumis à aucun délai pour effectuer les perquisitions autorisées par le juge des libertés et de la détention. Cass. crim., 4 mai 2017, n° 16-81.071, LawLex17787 *Samsung* ; n° 16-81.060, *Darty* : LawLex17796. – Paris, ord., pôle 5, ch. 15, 28 mars 2018, n° 17/16586, *Darty* : LawLex18552 le droit des entreprises à se faire assister dès le début des opérations par un avocat, parfois ignoré par les enquêteurs, est rappelé avec rigueur par la jurisprudence.

entières de messagerie²⁸, sans individualiser sur place les seuls messages électroniques entrant dans le champ de l'autorisation judiciaire. Cette faculté de saisie massive et indifférenciée des messageries électroniques et des disques durs permet même à l'administration de prendre connaissance du contenu des consultations des avocats de l'entreprise et des courriers échangés entre les avocats et leurs clients, pourtant couverts par le secret professionnel. Selon la chambre criminelle, le fait que les enquêteurs aient eu accès à des documents couverts par le *legal privilege* lors de ces saisies globales de messagerie n'exerce aucune influence sur la régularité des opérations, puisque les enquêteurs sont soumis au secret professionnel²⁹. Seule l'utilisation des documents saisis est prohibée³⁰. Les documents émanant de la direction juridique ne bénéficient ainsi d'aucune protection, ce qui empêche les juristes internes d'exercer correctement leur mission de prévention des pratiques anticoncurrentielles sous peine de fournir aux enquêteurs la preuve d'infractions en cas de contrôle. Des documents étrangers au champ de l'enquête peuvent aussi être saisis, quitte à devoir être restitués par la suite³¹. Enfin, en cas de difficulté rencontrée au cours de la perquisition, les parties ne peuvent pas elles-mêmes saisir le juge : seuls les officiers de police judiciaire qui assistent aux opérations disposent du pouvoir discrétionnaire de saisir le juge des libertés et de la détention³².

En réalité, en dépit de ce qu'affirment les textes, aucun recours judiciaire effectif ne garantit les droits des entreprises. Alors que, compte tenu de la complexité technique de la matière, la spécialisation des juridictions est désormais de principe en matière de droit de la concurrence, cette règle a été expressément écartée pour l'autorisation des perquisitions de concurrence³³, laissée à cent quatre-vingts magistrats non spécialisés. L'administration a pris l'habitude de présenter une longue requête et un volumineux projet d'ordonnance pré-rédigée, reprenant largement la requête, à un juge souvent débordé et faisant *a priori* confiance aux agents publics. De simples présomptions susceptibles de constituer des indices de participation d'une entreprise à une pratique anticoncurrentielle suffisent, car l'appréciation de leur bien-fondé relève de la juridiction qui statuera au fond³⁴.

28. Cass. crim., 29 juin 2011 : LawLex11420. – Paris, 12 févr. 2013 : LawLex13181.

29. Cass. crim., 20 déc. 2017, n^{os} 16-83.468 et 16-83.469 : LawLex172138 et LawLex172133.

30. Cass. crim., 24 avr. 2013 : LawLex13763. – Cass. crim., 20 déc. 2017 : LawLex172138. – Paris, 8 nov. 2017 : LawLex171816. Dans son dernier état, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne trouve rien à redire à ces pratiques : CEDH, 21 mars 2017 : LawLex17725.

31. Cass. crim., 9 févr. 2005 : LawLex054694, *Contrats, conc. consom.* 2005, n^o 87, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

32. Paris, 18 nov. 2015 : LawLex151668, cette absence d'accès direct au juge au cours des investigations n'est pas considérée comme portant atteinte aux droits de la défense des entreprises. V. Cass. crim., 9 mars 2016 : LawLex16547. – Cass. crim., 28 juin 2017 : LawLex171165. – Cass. crim., 21 mars 2018, n^o 16-87.189, LawLex18505, D ; n^o 16-87.193, LawLex18504 D. – B. BOULOC, obs. in *L'accès direct au JLD toujours prohibé* : *Rev. Lamy conc.* 2018, 3450.

33. Cass. crim., 25 avr. 2007, n^o 06-82.441 : LawLex07682.

34. Paris, 6 janv. 2016, 2 arrêts : LawLex1646 et 1657. – Paris, 13 janv. 2016 : LawLex16148. – Paris, 1^{er} févr. 2017 : LawLex17132. – Paris, 8 nov. 2017 : LawLex171852.

La pratique montre un contrôle du juge des libertés et de la détention souvent très superficiel. Un exemple extrême : saisi d'une demande relative au secteur des marchés publics pour le transport de produits sanguins, un juge a signé une ordonnance pré-rédigée qui autorisait le recours à l'article L. 450-4 du Code de commerce dans le secteur de la construction et de l'extension des stations d'épuration, sans que la Cour de cassation n'ait rien trouvé à y redire³⁵ !

2° Réformes souhaitables

9. La situation actuelle porte un grand préjudice aux droits de la défense. Les pouvoirs des enquêteurs ne sont quasiment pas encadrés et les recours inadaptés. Un État de droit peut-il admettre une telle situation ? Mais surtout, cette absence de droits et de recours effectifs rend inefficace le droit de la concurrence lui-même. Dès lors que les juristes d'entreprise ne bénéficient d'aucune protection, ils sont entravés dans leur mission pédagogique au sein de l'entreprise et ne sont pas en mesure d'anticiper et d'éviter les infractions au droit de la concurrence. De même, les avocats ne peuvent exercer pleinement leur mission préventive.

La directive ECN+ demeure insuffisante pour remédier aux carences des enquêtes simples ou lourdes françaises. Sa transposition en droit français³⁶ n'apportera pas la moindre amélioration concrète puisque le texte actuel se contente de « renforcer l'efficacité des enquêtes en simplifiant les modalités de saisine du juge des libertés et de la détention et le recours aux officiers de police judiciaire, s'agissant du déroulement des opérations de visite et saisie », c'est-à-dire allège le formalisme entourant la saisine du juge des libertés et de la détention et des officiers de police judiciaire en cas d'enquêtes lourdes couvrant le territoire de plusieurs tribunaux de grande instance. La seule avancée de la directive par rapport au droit national consisterait dans la soumission des enquêtes simples à un recours effectif devant un tribunal si l'on jugeait que l'article 3.2 de la directive implique un recours immédiat et autonome³⁷, ce qui serait contesté par l'administration.

10. Améliorer notablement la loyauté des enquêtes simples exigerait :

– d'informer clairement l'entreprise par écrit en tête de toute convocation à une enquête simple qu'elle dispose de la faculté de se faire assister par un avocat ;

35. Cass. crim., 16 juin 2011 : LawLex101382. Pour la Cour de cassation, la pratique des ordonnances pré-rédigées par l'administration ne remet pas en cause le principe d'impartialité, dès lors que les motifs et le dispositif d'une ordonnance sur requête sont réputés avoir été établis par le juge qui l'a rendue et signée. V. Cass. crim., 13 janv. 2016 : LawLex16162.

36. Amendement n° 2029 adopté par l'Assemblée nationale le 3 septembre 2018 à la loi Croissance et transformation des entreprises autorisant le gouvernement à transposer la proposition de directive ECN+ par voie d'ordonnance intégré à la loi mais déclaré inconstitutionnel par la décision 2019-781 du 16 mai 2019.

37. En ce sens, A. RONZANO : *L'actu-concurrence* 44/2017. – N. JALABERT-DOURY, *Actualité des enquêtes de concurrence dans l'Union européenne et en France : Concurrences* 3-2017, 198.

- de supprimer la formule pré-imprimée que l’objet de l’enquête a été préalablement communiqué et d’imposer une indication écrite complète de l’objet de l’enquête sans se contenter de la référence au texte applicable ou au secteur d’activité concerné ;
- d’abroger le droit d’accès aux logiciels et données stockées résultant de la loi Hamon au profit d’un droit de communication de fichiers précisément individualisés *a priori* ;
- d’enregistrer les auditions ;
- d’ouvrir le droit à un recours judiciaire effectif, immédiat et autonome, en cas d’enquête simple dans les locaux d’une entreprise.

11. Un meilleur encadrement des enquêtes lourdes requerrait :

- de spécialiser huit juges des libertés et de la détention en matière d’autorisation de perquisitions de concurrence, à l’instar des juridictions spécialisées au fond ;
- de soumettre l’autorisation judiciaire à un délai de réalisation de deux mois, sous peine de forclusion ;
- de mettre fin à la pratique des saisies globales au profit d’une recherche par mots-clés et de la saisie du seul résultat des recherches effectuées sur cette base ;
- d’octroyer le *legal privilege* aux consultations des juristes d’entreprise à destination de leurs clients internes³⁸ ;
- de rendre obligatoires les scellés provisoires fermés (SPF), appliqués de façon facultative depuis 2018 par la DGCCRF et l’Autorité de la concurrence, pour isoler et protéger les documents pouvant relever du secret professionnel³⁹ ;
- de mettre fin à la pratique des ordonnances pré-rédigées par l’administration ;
- de renforcer les présomptions exigées pour obtenir une autorisation de perquisition ;
- d’annuler l’ensemble des opérations en cas de violation du secret professionnel ;
- d’ouvrir une possibilité de saisine directe du juge des libertés et de la détention qui a autorisé la perquisition de l’entreprise visitée ;
- d’empêcher toute possibilité de rectification d’une irrégularité *ex post*, le contrôle devant être effectué par le juge des libertés et de la détention⁴⁰.

38. L. DUSSEAU, *De la nécessaire protection du secret professionnel du juriste d’entreprise grâce au statut d’avocat en entreprise* : *Gaz. Pal.* 31 juill. 2018, 11.

39. Sur cette question, V. A. MARIE, S. MARTIN et N. JALABERT-DOURY, *Vade-mecum des enquêtes de concurrence* : *Concurrences* 2018, 244 et s.

40. En ce sens, Douai, 22 févr. 2018, n° 17/03989 : *Concurrences* 3-2018, 203.

B. – Une procédure de concurrence plus transparente

1° État des lieux

12. Les procédures actuelles apparaissent à la fois très longues, déséquilibrées et opaques. Pour être efficiente en termes d'analyse économique du droit, une sanction doit avoir un effet punitif (punir l'auteur), préventif (empêcher la réitération) et dissuasif (convaincre l'ensemble des entreprises de renoncer au comportement infractionnel)⁴¹. La sanction ne remplit ce triple objectif qu'à condition d'être prononcée rapidement après les faits. Une condamnation qui intervient dix ans après les faits litigieux ne produira pas de véritable effet punitif, n'empêchera pas son auteur de réitérer son comportement et ne convaincra pas les autres entreprises que la pratique comporte plus d'effets négatifs que positifs. Consciente de ce problème, l'Autorité de la concurrence souligne qu'elle a, en dix ans, diminué de moitié le délai moyen de traitement des affaires. Mais, pour les grandes affaires, plusieurs années séparent encore trop souvent la commission des faits du début de la procédure. Puis, plusieurs années passent entre le début de la procédure et la condamnation définitive. Dans l'affaire des produits d'entretien et d'hygiène⁴² ou dans celle de la messagerie⁴³, l'instruction a duré respectivement sept et neuf ans. Selon une étude statistique approfondie portant sur douze ans de procédures de cartels en France⁴⁴, si la durée moyenne des procédures entre la saisine de l'Autorité et la décision sanctionnant le cartel atteint 4,5 années, parfois elle peut aller jusqu'à neuf ans. De même, l'instruction n'est tenue par aucun délai, à part le délai plafond de dix ans. En revanche, la défense doit répondre à la notification des griefs et au rapport dans le délai extrêmement serré de deux mois. Enfin, la procédure ne devient contradictoire qu'au stade de la notification des griefs, les audiences ne sont pas publiques, la procédure de transaction présente une opacité totale et le montant des amendes résultant de transactions n'est quasiment pas motivé.

13. Les sanctions infligées en matière de concurrence doivent être améliorées. Pour accroître l'effectivité du droit de la concurrence, il est souvent question de développer les sanctions pénales. C'est une « fausse bonne idée ». Le droit français des pratiques anticoncurrentielles ne compte plus qu'une disposition pénale punissant d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75 000 € le fait, pour toute personne physique, de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de

41. L. VOGEL, *Les sanctions administratives en droit de la concurrence : efficaces ou équitables ?*, in *Concurrence : 10 Leçons*, préc., p. 133 et s.

42. Aut. conc., 18 déc. 2014, déc. n° 14-D-19 : LawLex151522.

43. Aut. conc., 15 déc. 2015, déc. n° 15-D-19 : LawLex151733.

44. A. HUTIN et C. MONNIER, *Les cartels en France : analyse économique de leurs caractéristiques et de leurs sanctions* : *Concurrences* 2016, n° 2, 45.

pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce (ententes, abus de position dominante et abus de dépendance économique). En pratique, ce texte est très peu appliqué, sauf en matière d'ententes à l'occasion de marchés publics, même s'il connaît depuis peu un regain d'intérêt. En réalité, l'utilisation du droit pénal pour sanctionner une infraction aux règles de concurrence entraîne un double risque de blocage et d'inefficacité⁴⁵. Le risque de blocage vient de la procédure pénale elle-même : très longue et très stricte, elle confère des garanties très fortes à l'individu menacé d'une peine d'emprisonnement et d'amende. Les nullités minent la procédure pénale qui souvent n'atteint pas ses objectifs. En outre, en matière pénale, les recours sont en principe suspensifs, y compris le pourvoi en cassation. Alors que les procédures de concurrence durent déjà trop, le développement des procédures pénales les allongerait encore. Enfin, la coexistence d'une procédure pénale et d'une procédure de concurrence constitue un vrai nid à contentieux.

L'autorité de concurrence peut en effet être tentée de laisser la main au juge d'instruction car ses pouvoirs de perquisition sont plus larges et les droits de la défense moins garantis qu'en cas de perquisition de concurrence par une autorité administrative. Mais les justiciables feront valoir que ce procédé constitue un détournement de procédure et une fraude à leurs droits. Bref, il sera difficile de recycler dans une procédure de concurrence des pièces obtenues dans le cadre d'une procédure pénale, même si les textes le prévoient⁴⁶. Une double poursuite, pénale et de concurrence, se heurtera aussi aux standards de preuve différents en cas d'infraction pénale et d'infraction de concurrence et une double condamnation risque de se voir opposer le principe *non bis in idem*. De plus, les sanctions pénales sont sévères et infamantes car la faute pénale, une fois établie, apparaît évidente alors que le bien-fondé de la prohibition d'une pratique anticoncurrentielle demeure toujours ambigu et donne souvent lieu à contestation. Comment peut-on faire dépendre une peine d'emprisonnement ou une amende pénale de l'établissement d'un « triple test » sujet à controverse ou d'un effet sur le marché dont l'intensité peut toujours être débattue ? Parfois, la sanction pénale rendrait même inefficace la procédure de concurrence. En cas de développement des sanctions pénales, les entreprises recourront-elles encore aux mécanismes de clémence, qui ne bénéficient qu'aux personnes morales et pour les seules amendes administratives ?

Enfin, le droit positif accorde toujours une primauté absolue aux sanctions administratives par rapport aux sanctions civiles, même si des mesures prises récemment au plan européen et national favorisent les actions en dommages-intérêts. Les tribunaux civils ne disposent pas des moyens d'instruction de l'Autorité de la concurrence, les actions de groupe dépendent entièrement des décisions de l'Autorité, les demandeurs de clémence sont fortement protégés contre les actions

45. L. VOGEL, *L'intérêt des sanctions civiles et pénales* : *Gaz. Pal.* 28-30 janv. 2002.

46. C. com., art. L. 463-5.

civiles et, en pratique, les dommages-intérêts concurrentiels demeurent difficiles à obtenir. Les actions en dommages-intérêts constituent, malgré les avancées récentes, un moyen encore trop peu utilisé pour renforcer la répression, à la fois en termes de montant et de probabilité de la sanction. Des actions en dommages-intérêts facilitées, menées par autant de procureurs privés que de victimes, constitueraient un moyen autrement plus efficace de mettre en œuvre le droit de la concurrence que des actions publiques conduites par des autorités administratives surchargées.

2° Réformes souhaitables

14. La transposition en droit interne de la proposition de directive ECN+ se limite à des mesures techniques de portée limitée :

- simplifier la procédure relative à la clémence et élargir les cas de recours à un seul membre du collège pour les affaires les plus simples ;
- prévoir la possibilité pour l'Autorité de la concurrence de rejeter certaines saisines qui peuvent être traitées par le ministre de l'Économie ;
- élargir les cas de recours à la procédure simplifiée devant l'Autorité de la concurrence ;
- clarifier les critères de détermination de la sanction par l'Autorité de la concurrence par référence à la durée et à la gravité de l'infraction ;
- élargir les cas où le ministre de l'Économie peut imposer des injonctions ou transiger avec les entreprises en supprimant la condition tenant à la dimension locale du marché.

Ces mesures sont-elles véritablement à la hauteur des enjeux ?

15. Voici plutôt ce que nous devrions faire :

- adoptons des procédures et des sanctions de concurrence à la fois plus transparentes et plus efficaces ;
- comme devant les autorités administratives indépendantes de création plus récente, rendons publics les débats, quitte à ce que le huis clos soit prononcé sur demande motivée d'une partie ;
- dès le stade des auditions, anticipons le caractère contradictoire de la procédure, afin de garantir une plus grande loyauté de celles-ci ;
- exigeons que les sanctions prononcées dans le cadre des procédures de clémence soient explicitées, sans se limiter à l'énoncé d'un montant final qui ne permet pas aux entreprises de connaître les raisons de la décision ;
- abandonnons définitivement le recours aux procédures pénales en matière de concurrence : abrogeons l'article L. 420-6 du Code de commerce ainsi que l'article L. 442-6 en matière de prix imposés, au profit de sanctions administratives personnelles à l'instar du système allemand ;
- oublions le principe de primauté absolue des sanctions administratives pour des actions civiles de concurrence dont l'exercice serait facilité ;
- faisons chaque année un audit interne et externe des procédures de concurrence, à l'instar de la pratique des pays scandinaves, afin d'améliorer la durée de traitement des dossiers ; il serait logique que le conseiller-auditeur de l'Autorité impartisse un

délaï aux rapporteurs pour encadrer les délais d'instruction et que les délais de réponse aux notifications de griefs et aux rapports soient neutralisés durant la période des congés ; de même, au stade de l'appel, les délais de production des mémoires des appelants et des autorités devraient être alignés sur ceux de la procédure d'appel de droit commun, alors que la situation actuelle, profondément déséquilibrée au détriment des entreprises, nuit à la qualité des débats, à l'équité et à l'efficacité.

II. – DES RÈGLES DE FOND PLUS SOUPLES ET PLUS SÛRES

16. Autorités de nature administrative, les autorités de concurrence se transforment, au-delà du jugement des affaires qui leur sont soumises, en véritables régulateurs du marché. Souvent, elles adoptent des doctrines de contrôle rigides qui ne correspondent pas à la réalité et qu'elles croient d'autant plus efficaces que leur champ d'application est plus étendu.

A. – Des règles de fond plus souples

17. Dans le domaine de la concurrence, les schémas de décision *a priori* sont légion, mais mal adaptés à la nature de ce droit qui, plus que d'autres, requiert beaucoup de souplesse dans l'application. Cette inadaptation explique les mouvements de *stop and go* qui affectent parfois les règles de concurrence et qui seraient facilement évités avec une doctrine de contrôle moins rigide.

Les autorités de concurrence ont très vite considéré que le développement du commerce électronique constituait un facteur d'animation de la concurrence par excellence qui devait être promu et protégé à tout prix⁴⁷. Alors que les fournisseurs avaient généralement imposé à leurs distributeurs de ne pas vendre de produits contractuels sur des places de marché en ligne afin de préserver l'image de marque de leurs produits, le *Bundeskartellamt* allemand a estimé que les fabricants ne pouvaient pas s'opposer à la revente de leurs produits sur les places de marché⁴⁸. L'Autorité de la concurrence et la cour d'appel de Paris lui ont emboîté le pas avant que la Cour de justice ne renverse cette jurisprudence dans son arrêt *Coty* du 6 décembre 2017⁴⁹. Les arrêts de la cour d'appel de Paris, *Coty*⁵⁰ et *Caudalie*⁵¹, et la décision *Stihl* de l'Autorité

47. Aut. conc., avis n° 12-A-20, 18 sept. 2012, relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique.

48. Bundeskartellamt, déc. 27 juin 2014, aff. B3-137/12, *Adidas*. – Bundeskartellamt, déc. 26 août 2015, aff. 98/11, *Asics*.

49. CJUE, 6 déc. 2017, aff. C-230/16, *Coty Germany GmbH* ; Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique du 10 mai 2017.

50. Paris, 28 févr. 2018 : LawLex18367.

51. Paris, 13 juill. 2018 : LawLex181096.

de la concurrence⁵² ont définitivement fixé la position des autorités françaises : l'interdiction faite aux distributeurs d'un système de distribution sélective de recourir à des places de marché n'est pas anticoncurrentielle dès lors qu'elle vise à préserver l'image des produits, est fixée de manière uniforme, appliquée de manière non discriminatoire et proportionnée à l'objectif poursuivi, sans qu'il soit nécessaire de distinguer entre les produits de luxe et les autres produits.

En droit de la concurrence, les solutions univoques sont rarement justifiées : tout dépend des circonstances. Même si elle apparaît *a priori* restrictive de concurrence, la protection des distributeurs qui disposent de magasins physiques par rapport à ceux qui ne vendent que sur internet est légitime, car les premiers rendent un service spécifique au fournisseur qui favorise ses ventes et qui bénéficie au consommateur.

18. Autre exemple : l'interdiction des prix imposés. En droit européen et dans la quasi-totalité des droits des États membres, le contrôle par les fournisseurs des prix de revente pratiqués par les détaillants constitue une « restriction caractérisée » qui, en pratique, fait l'objet d'une prohibition absolue et ne peut bénéficier d'une exemption. Le droit français réprime même pénalement la pratique de prix imposés. Fondée en droit civil sur le principe de l'autonomie de la volonté, cette prohibition absolue est tout à fait injustifiée en droit de la concurrence car un prix imposé peut, dans certaines circonstances, entraîner des gains d'efficacité⁵³. La Cour suprême américaine ne s'y est pas trompée : elle a substitué à l'interdiction *per se* des prix imposés une appréciation au titre de la règle de raison⁵⁴.

19. Enfin, des limites devraient être fixées au développement des concepts attrape-tout que les autorités européennes et françaises de concurrence ont récemment consacrés, sous peine de vider de tout contenu les notions de concertation et de restriction auxquelles se réfèrent les textes. Pour établir la participation d'une entreprise à une entente globale, la Cour de justice⁵⁵ et la Cour de cassation⁵⁶ exigent à juste titre que soit apportée la preuve qu'elle a entendu contribuer par son propre comportement aux objectifs communs. La restriction par objet, qui « par sa nature même » porte une atteinte suffisamment grave à la concurrence pour entraîner sa prohibition, sans qu'il soit nécessaire d'en

52. Aut. conc., 24 oct. 2018, déc. n° 18-D-23 : LawLex181583.

53. Les prix imposés incitent les détaillants à investir davantage dans les services, facilitent l'entrée sur le marché et encouragent les détaillants à proposer des services de vente que normalement ils ne fourniraient pas. V. aussi OCDE, *Roundtable on resale price maintenance*, JT03269395, 2008.

54. US Supreme Court, *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S. Ct. 2705(2007), 28 juin 2007.

55. CJCE, 8 juill. 1999, aff. C-49-92 P : LawLex023634.

56. Cass. com., 9 oct. 2007 : LawLex071581.

mesurer les effets potentiels⁵⁷, est à l'évidence source d'économie procédurale pour les autorités et garante de sécurité juridique pour les entreprises. À l'instar de l'interdiction *per se* américaine, elle est fondée sur une présomption d'illicéité de certains comportements qui apparaît *a priori* parfaitement légitime. Mais, comme elle conduit à des condamnations quasi automatiques, elle ne peut être conciliée avec la sécurité juridique que si les conditions de la présomption sont réunies. Tel est le cas dans deux hypothèses dont la première est certaine et la seconde plus sujette à discussion : soit l'expérience révèle que certains comportements collusoires (ententes de prix, de partage des marchés...) entraînent nécessairement des effets restrictifs ; soit, si le comportement est nouveau⁵⁸ ou ambivalent du point de vue concurrentiel⁵⁹, un examen circonstancié de l'accord au regard de son contenu, de sa finalité et de son contexte laisse présumer qu'il entraînera nécessairement un effet restrictif. Ainsi, dans le domaine pharmaceutique, la pratique nouvelle de *pay for delay* est qualifiée de restriction par objet lorsqu'elle a pour objet de retarder l'entrée sur le marché des fabricants de génériques grâce au paiement d'une contrepartie financière alors que ces derniers demeurent exposés aux actions de contrefaçon du fabricant du princeps à l'expiration de l'accord⁶⁰. Mais les autorités de contrôle ne sauraient en aucun cas se réfugier derrière la restriction par objet pour se dispenser d'apporter la preuve des effets anticoncurrentiels d'une pratique qui n'apparaît pas *a priori* comme particulièrement anticoncurrentielle. Or, malheureusement, dans l'état actuel du droit positif, elles appliquent souvent la prohibition automatique sans vérifier au préalable que les conditions de la présomption sont véritablement satisfaites⁶¹.

B. – Des règles de fond plus sûres

20. La volonté des autorités d'étendre sans cesse le champ d'application de leur intervention alourdit la charge des entreprises et augmente l'insécurité juridique, en particulier dans le domaine du contrôle des concentrations.

Après avoir constaté que certaines entreprises de services numériques ou du secteur pharmaceutique échappaient au contrôle des concentrations car elles ne généraient pas un chiffre d'affaires suffisant, la Commission et l'Autorité de la concurrence ont proposé l'adoption d'un seuil en valeur de la transaction ou en

57. CJCE, 20 nov. 2008, aff. C-209-07, *Beef Industry* : LawLex081974.

58. Trib. UE, 8 sept. 2016, 2 arrêts, aff. T-472-13, *H. Lundbeck A/S* : LawLex161392 ; aff. T-470-13, *Merck KgaA* : LawLex161393.

59. V., pour les échanges d'information qui ne sont pas systématiquement anticoncurrentiels, Trib. UE, 15 déc. 2016, aff. T-758-14, *Infineon Technologies AG* : LawLex162068.

60. V. Trib. UE, 8 sept. 2016, 2 arrêts, préc.

61. V. not., à propos d'échanges d'informations, CJCE, 4 juin 2009, aff. C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV* : LawLex091835. – Aut. conc., déc. n° 15-D-19, 15 déc. 2015, *Messengeries* : LawLex151733.

parts de marché⁶², ou encore l'institution dans certaines conditions d'un contrôle *ex post* des opérations qui ne rempliraient pas les conditions du contrôle *ex ante*⁶³. L'introduction d'un seuil en parts de marché constituerait un facteur d'incertitude juridique puisqu'il impliquerait à la fois de définir le marché et d'en calculer les parts, opérations parmi les plus incertaines du droit de la concurrence. De même, il est très difficile de déterminer la valeur d'une transaction et de fixer des seuils pertinents, car la valorisation des sociétés cibles varie énormément d'un secteur économique à l'autre. L'ajout d'un contrôle *ex post* non seulement créerait une forte insécurité juridique puisque, selon les projets actuels, des concentrations seraient remises en cause jusqu'à deux ans après leur réalisation, mais surtout, serait superfétatoire car l'article L. 430-9 du Code de commerce offre déjà la possibilité à l'Autorité de la concurrence d'intervenir *ex post* en cas d'abus de position dominante commis à la suite d'une opération de concentration non soumise au contrôle *ex ante*.

Enfin, les autorités s'interrogent sur la possibilité de soumettre à contrôle les prises de participation minoritaires qui, sans conférer une influence déterminante sur l'entreprise cible, peuvent néanmoins modifier l'incitation du détenteur de la participation à concurrencer celle-ci. Mais ne faudrait-il pas dans une telle hypothèse distinguer entre les participations minoritaires actives ou passives ou encore tenir compte de la valeur de la participation ?

Au regard du faible nombre de concentrations ayant donné lieu à une décision de phase I ou de phase II – l'Autorité de la concurrence a autorisé près de 96 % des concentrations qu'elle a examinées⁶⁴ –, ne faudrait-il pas plutôt réduire un périmètre de contrôle à l'évidence déjà trop large ?

21. L'ensemble des propositions qui viennent d'être formulées conduit en définitive à une autre beaucoup plus fondamentale et qui en constituerait le socle. Ne devrait-on pas faire intervenir, dès le premier stade de la procédure, une juridiction spécialisée plus ouverte au débat juridique, moins « verticale » et plus « horizontale », et donc aussi plus protectrice des droits des entreprises ? Au minimum, ce juge, placé au sein de l'autorité administrative, garantirait que les droits de la défense soient vraiment respectés au stade de l'enquête. Mieux encore, s'il siègeait comme juridiction de première instance devant laquelle l'autorité administrative représenterait l'intérêt général, il donnerait toute sa place au principe du contradictoire et à la controverse juridique et co-construirait avec les opérateurs les doctrines de contrôle plus souples et plus équilibrées qu'ils réclament. Le droit de la concurrence en sortirait renforcé, plus juste et plus efficace, pour le bien de tous.

62. Aut. conc., communiqué 7 juin 2018, « Modernisation et simplification du contrôle des concentrations : l'Autorité de la concurrence semble avoir abandonné cette idée ».

63. I. DE SILVA, *La modernisation et la simplification du contrôle des concentrations* : JCP E 20 sept. 2018, n° 38.

64. Le Club des juristes, Rapport pour une réforme du droit de la concurrence, janv. 2018.