

Droits et Débats

**Corriger, équilibrer, orienter :
une vision renouvelée
de la régulation économique**

*Hommage à
Marie-Dominique Hagelsteen*

**Un colloque organisé
par le Conseil d'État
et l'Autorité de la concurrence
le 24 septembre 2013
à l'École nationale d'administration**

Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

Collection « Les rapports du Conseil d'État »

(ancienne collection « Études et documents du Conseil d'État », EDCE)

- Collectivités publiques et concurrence (EDCE n° 53), 2002.
- Perspectives pour la fonction publique (EDCE n° 54), 2003.
- Un siècle de laïcité (EDCE n° 55), 2004.
- Responsabilité et socialisation du risque (EDCE n° 56), 2005.
- Sécurité juridique et complexité du droit (EDCE n° 57), 2006.
- L'administration française et l'Union européenne :
Quelles influences ? Quelles stratégies ? (EDCE n° 58), 2007.
- Le contrat, mode d'action publique et de production de normes (EDCE n° 59), 2008.
- Droit au logement, droit du logement (EDCE n° 60), 2009.
- L'eau et son droit (EDCE n° 61), 2010.
- Consulter autrement, participer effectivement, (EDCE n° 62), 2011.
- Les agences : une nouvelle gestion publique ? - étude annuelle 2012, n° 63.
- Le droit souple - étude annuelle 2013, n° 64.

Collection « Les études du Conseil d'État »

- Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public, 2002.
- Collectivités territoriales et obligations communautaires, 2004.
- L'avenir des juridictions spécialisées dans le domaine social, 2004.
- Le cadre juridique de l'action extérieure des collectivités locales, 2006.
- Inventaire méthodique et codification du droit de la communication, 2006.
- Pour une politique juridique des activités spatiales, 2006.
- Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national, 2007.
- Le droit de préemption, 2008.
- L'implantation des organisations internationales sur le territoire français, 2008.
- Les recours administratifs préalables obligatoires, 2009.
- La révision des lois bioéthiques, 2009.
- Les établissements publics, 2010.
- Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, 2011.
- Vers l'institution d'un parquet européen, 2011.

Collection « Droits et Débats »

- Le droit européen des droits de l'homme, n° 1, 2011.
- Les développements de la médiation, n° 2, 2012.
- La valorisation économique des propriétés des personnes publiques, n° 3, 2012.
- La démocratie environnementale, n° 4, 2012.
- Consulter autrement, participer effectivement, n° 5, 2012.
- Le patrimoine immatériel des personnes publiques, n° 6, 2013.
- Santé et justice : quelles responsabilités ?, n° 7 ; 2013.
- Les agences : une nouvelle gestion publique?, n° 8, 2013.
- Santé et justice : quelles responsabilités ?, n° 7 ; 2013.
- Les agences : une nouvelle gestion publique?, n° 8, 2013.
- Les enjeux juridiques de l'environnement, n° 9, 2014.
- La décentralisation des politiques sociales, n° 10, 2014.
- 1952-2012 : le juge français de l'asile, n° 11, 2013.

Sommaire

Acronymes	6
Séance d'ouverture.....	7
Première table ronde	
L'incitation économique de la loi	17
Sommaire.....	17
Présentation des intervenants.....	19
Introduction	21
1 ^{ère} séquence – L'incitation économique par la fiscalité classique.....	22
2 ^{ème} séquence – L'incitation économique et la loi dans le domaine de l'énergie et de l'environnement.....	30
3 ^{ème} séquence – L'incitation économique de la loi : la question des prix dans les relations entre fournisseurs, distributeurs et consommateurs.....	38
Seconde table ronde	
Une régulation concurrentielle renouvelée.....	53
Sommaire.....	53
Présentation des intervenants.....	55
Introduction	57
1 ^{ère} séquence – Une illustration des effets bénéfiques de la <i>soft law</i> : l'expérience de l'Autorité de la concurrence.....	62
2 ^{ème} séquence – Une régulation concurrentielle négociée : les engagements	74
3 ^{ème} séquence – Le nouveau rôle du juge	89
Échanges avec les participants.....	95
Annexes	99
Annexe 1 – Articles du code du commerce cités dans les débats.....	101
Annexe 2 – Liste des principaux textes cités dans les débats	103
Annexe 3 – Contrôle des concentrations : textes et jurisprudences.....	105
Annexe 4 – Droit des pratiques anticoncurrentielles : textes et jurisprudences	107
Annexe 5 – Illustration du droit souple : l'expérience de l'Autorité de la concurrence	109
Annexe 6 – Indicateurs économiques et de la consommation	112
Annexe 7 – Bibliographie indicative.....	115





Programme du colloque

9h30-10h00 – Séance d'ouverture

- Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État

10h00-11h30 – 1^{ère} table ronde : L'incitation économique et la loi

Modérateur : Philippe Martin, président de la section des travaux publics du Conseil d'État

Intervenants :

- Olivier Fouquet, président de section (h) au Conseil d'État
- Benoît Bohnert, maître des requêtes au Conseil d'État, rapporteur public à la 8^{ème} sous-section de la section du contentieux
- Benoît Delaunay, professeur à l'université de Paris II (Panthéon-Assas)
- Martine Behar-Touchais, professeur à l'université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

11h30-13h00 – 2^{ème} table ronde : Une régulation concurrentielle renouvelée

Modérateur : Bruno Lasserre, président de l'Autorité de la concurrence

Intervenants :

- Christophe Lemaire, avocat associé au sein de l'équipe concurrence du cabinet Ashurst à Paris
- Laurence Idot, professeur à l'université de Paris II (Panthéon-Assas)
- Hubert Legal, jurisconsulte du Conseil européen et du Conseil de l'Union européenne, directeur général du service juridique du Conseil

Acronymes

ADEME	Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie
ADLC	Autorité de la concurrence
ALUR	Projet de loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové
CEPC	Commission d'examen des pratiques commerciales
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNAC	Commission nationale d'aménagement commercial
CNUCED	Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement
ECA	<i>European Competition Authorities</i> (autorités européennes de la concurrence)
ECN	<i>European Competition Network</i> (réseau européen de la concurrence)
FCPI	Fonds commun de placement dans l'innovation
ICN	<i>International Competition Network</i> (réseau international de la concurrence)
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
ISF	Impôt de solidarité sur la fortune
LMA	Loi de modernisation agricole
LME	Loi de modernisation de l'économie
NIP	Nouveaux instruments promotionnels
NRE	Nouvelles régulations économiques
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
PEA	Plan d'épargne en actions
PME	Petites et moyennes entreprises
SMIC	Salaires minimum interprofessionnel de croissance
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGAP	Taxe générale sur les activités polluantes
TICPE	Taxe intérieure de consommation sur les produits énergétiques
TVA	Taxe sur la valeur ajoutée



Séance d'ouverture

Par Jean-Marc Sauvé¹,
Vice-président du Conseil d'État

Mesdames, Messieurs,
Mes chers collègues,
Cher Bernard Hagelsteen,

Je suis heureux d'ouvrir aujourd'hui ce colloque intitulé « Corriger, équilibrer et orienter : une vision renouvelée de la régulation économique ». Heureux que le Conseil d'État et l'Autorité de la concurrence puissent, ensemble, rendre hommage sous ce titre à Marie-Dominique Hagelsteen qui, au sein de chacune de nos institutions, a tenu une place à part, réservée mais aussi éminente et respectée. Heureux enfin de saluer, dans ce cadre, la contribution qui a été la sienne au développement du droit public économique et de la régulation de l'économie.

C'est peu dire que notre collègue s'est, durant sa carrière professionnelle, particulièrement investie dans le droit économique. Après avoir fait ses premières armes au Conseil d'État, où elle s'était notamment illustrée par ses compétences fiscales, elle est devenue directrice des services juridiques du groupe Elf-Aquitaine. Revenue en 1986 au Palais-Royal, elle y a passé douze années jusqu'à occuper les fonctions de présidente de la 8^{ème} sous-section du contentieux, avant de quitter à nouveau l'institution pour la fonction prestigieuse et influente de présidente du Conseil de la concurrence, qu'elle a occupée entre 1998 et 2004. Après son mandat, elle a successivement occupé les fonctions de présidente adjointe de la section du contentieux, puis de présidente de la section des travaux publics au Conseil d'État. Sa contribution au droit économique a été essentielle, comme en témoignent également ses publications, l'écriture de plusieurs rapports importants² ou encore ses nombreuses participations à des colloques, y compris les Entretiens du Conseil d'État en droit public économique bien entendu.

Il était donc naturel que le thème de ce colloque porte sur le droit économique et, plus particulièrement, sur la notion de régulation que Marie-Dominique Hagelsteen a contribué à façonner et à faire évoluer.

Mais, telle que je la connaissais, elle n'aurait pas apprécié que je vagabonde autour du sujet. Elle aimait en effet ne pas se perdre en circonlocutions et en venir rapidement au fait, au cœur du sujet. Je m'y aventure donc, dans ce propos introductif, pour souligner que si la notion de régulation économique constitue une nouvelle façon de penser l'intervention économique des personnes publiques (I), le contexte économique actuel rend plus prégnants les défis auxquels se trouve confrontée cette action (II).

1. Texte écrit en collaboration avec M. Olivier Fuchs, conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, chargé de mission auprès du vice-président du Conseil d'État.

2. En particulier sur la négociabilité des conditions de vente entre fournisseurs et distributeurs et sur les exclusivités de distribution et de transport dans le secteur de la télévision payante.

I. La régulation économique dessine une nouvelle façon de penser l'intervention économique des personnes publiques

La régulation économique – puisque c'est ce dont il est question, et non de régulation dans un sens plus général – peut être appréhendée d'un point de vue phénoménologique, c'est-à-dire en partant des manifestations et des pratiques qu'elle engendre, en particulier l'émergence des autorités de régulation (B). Mais au-delà de ces réalités empiriques, la régulation économique touche à la conception du lien entre deux modèles traditionnellement opposés qu'elle permet de renouveler : l'État et le marché (A)³.

A. Dépassant les modèles libéral et interventionniste, l'État s'érige désormais en régulateur

L'État et le marché s'appuient sur deux types de pouvoirs et de normativité opposés. Tandis que le premier correspond à une « *normativité imposée* », le second est le « *résultat de l'agrégation de décisions individuelles* » et repose sur une « *normativité spontanée* »⁴. L'interaction entre le marché et la puissance publique n'en est que plus complexe, puisque les rationalités comme les buts poursuivis diffèrent notablement. Elle évolue au cours du temps : les modèles colbertistes et interventionnistes, développés en France respectivement sous l'Ancien régime et après 1945, ont ainsi exprimé une volonté de direction de l'économie, une stratégie d'influence approfondie de l'État, une « *économie administrée* » en somme. Le modèle libéral, qui a émergé au XIX^e siècle, a au contraire conduit à penser un État dont la mission doit être limitée à la garantie des libertés.

La régulation économique conduit à dépasser ces visions antinomiques et à redéfinir le rapport entre l'État et le marché. La régulation est en effet conçue comme un moyen pour l'État de « *préserver, garantir, stabiliser le libre jeu du marché* »⁵. La régulation économique se caractérise ainsi par trois traits : 1) l'émergence d'un régime de libertés économiques et de concurrence ainsi que la garantie de ces libertés ; 2) la correction des défaillances des marchés, en empêchant, par exemple, les abus de position dominante ou les restrictions à l'entrée sur un marché ; 3) la conciliation entre des intérêts contradictoires, en particulier la préservation des services publics. Comme le montre le professeur Nicinski, l'État régulateur agit à tous les stades du processus économique, il utilise tous les leviers de l'action économique, il cherche à rendre son action la moins intrusive possible pour les acteurs économiques et la moins attentatoire aux libertés. Il se pose donc en garant du bon fonctionnement du marché comme de la confiance des acteurs économiques dans ce bon fonctionnement⁶.

La régulation, c'est en conséquence, non seulement corriger, mais également équilibrer et orienter, comme le souligne le titre de ce colloque. Ce modèle s'est rapidement imposé, profitant de l'effet de diffusion propre au droit de

3. Sur cette distinction entre notion et phénomène en matière de régulation, voir G. Timsit, « La régulation. La notion et le phénomène », *RFAP*, 2004, n° 1, p. 5.

4. *Ibid.*, p. 6.

5. S. Nicinski, *Droit public des affaires*, Montchrestien, 2010, 2e éd., p. 28.

6. *Ibid.*, p. 31-32.



l'Union européenne, comme le standard de l'intervention de l'État dans le jeu du marché. Ses manifestations sont multiples. Il se caractérise ainsi par un rapide développement du droit économique – le fulgurant développement du droit des contrats publics durant la dernière décennie en témoigne, parmi d'autres manifestations – et par l'émergence de nouveaux impératifs qu'il appartient à chacun d'intégrer, et notamment les pouvoirs publics. « *Les collectivités publiques, dans leur grande majorité, ont pris en compte leur ancrage dans un système d'économie de marché* » disait ainsi le Conseil d'État dans son rapport public pour 2002⁷. Le juge administratif a par ailleurs précisé que le renouvellement des missions des pouvoirs publics devait s'accompagner d'une redéfinition des modalités de leurs interventions, en particulier pour prendre en compte le droit de la concurrence et la liberté du commerce et de l'industrie. C'est ce qu'exprime notamment l'arrêt d'Assemblée *Ordre des avocats au barreau de Paris* du 31 mai 2006⁸, auquel Marie-Dominique Hagelsteen a pris une part éminente. Mais l'une des manifestations les plus visibles de cette nouvelle fonction de régulation est institutionnelle, avec le développement rapide des autorités de régulation.

B. Le développement des autorités de régulation permet de mieux garantir le respect de la composante économique de l'intérêt général

Le développement de ces autorités constitue la manifestation la plus visible du nouveau modèle de l'État régulateur. La logique de la régulation économique est d'ailleurs souvent perçue comme sectorielle avant d'être globale : la régulation c'est, en ce sens, la création et le maintien des équilibres économiques dans certains secteurs, principalement les industries de réseau, dont la caractéristique, au moins en France, était d'être généralement soustraites, au nom de l'intérêt général, aux mécanismes du marché⁹.

Mais par quel mécanisme conférer, dans une société démocratique, la légitimité nécessaire aux autorités de régulation ? En s'assurant de la compétence, d'abord, des membres de ces institutions. Marie-Dominique Hagelsteen, à cet égard, connaissait finement les arcanes de l'administration comme ceux de l'entreprise et des juridictions. Initialement spécialiste de droit fiscal, elle avait bien d'autres cordes à son arc lorsqu'elle arriva à la tête du Conseil de la concurrence ; elle était alors peut-être « *l'une des juristes les plus redoutées de France* », ainsi que la qualifiait *Le Point* en 2002¹⁰, mais aussi, et sans aucun doute, l'une des plus affûtées, des mieux préparées à cette fonction. Compétence, donc, mais aussi indépendance, neutralité et impartialité. C'est pour cette raison qu'il a paru nécessaire, dans l'organisation des pouvoirs publics, d'externaliser la fonction de régulation, ce qui a conduit à la multiplication d'autorités administratives indépendantes sectorielles. Celles-ci procurent, comme le soulignait le Conseil d'État dans son rapport public

7. Conseil d'État, *Rapport public 2002. Collectivités publiques et concurrence*, La documentation Française, 2002, p. 383.

8. CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n° 275531, Rec. p. 272.

9. G. Clamour, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2004, sp. p. 644 et s.

10. *Le Point*, 8 février 2002.

en 2002, « une garantie renforcée d'impartialité des interventions de l'État »¹¹. Cette externalisation ne conduit pas pour autant à démembrer l'État, comme le soulignait déjà le président Denoix de Saint Marc qui invitait en 2004 « à ne point opposer les autorités de régulation et l'État »¹².

Cette recherche d'une plus grande transparence et d'une plus grande impartialité a été pour beaucoup dans les évolutions récentes du droit de la régulation. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, puis celle du Conseil constitutionnel ont été évidemment essentielles à cet égard : le sujet a été abondamment traité et je n'y reviens pas¹³. Mais les principes d'impartialité et de transparence ont aussi été au cœur de la réforme du Conseil de la concurrence par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et l'ordonnance du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence¹⁴. Avant Bruno Lasserre, Marie-Dominique Hagelsteen avait ainsi dénoncé le modèle dyarchique alors en vigueur, octroyant un pouvoir décisionnel au ministre et un rôle consultatif au Conseil de la concurrence, modèle « que l'on ne retrouve pas même dans les pays en voie de développement », ayant « vieilli et perdu de sa crédibilité », en particulier « à l'étranger auprès de nos homologues qui le considèrent comme peu transparent »¹⁵.

Le modèle de la régulation s'est donc progressivement affiné, laissant moins de place au jeu du hasard et de la nécessité que constatait le Conseil d'État dans son Rapport public pour l'année 2001¹⁶. Ce modèle permet *in fine* de mieux garantir le respect de la composante économique de l'intérêt général, en particulier au travers du développement des autorités de régulation, tout en continuant, bien entendu, à faire intervenir des acteurs que je qualifierais de plus « classiques », à savoir les administrations, d'un côté, et le juge, de l'autre. De nombreux défis restent toutefois à relever.

11. Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes. Rapport public 2001*, La documentation Française, 2001, p. 272.

12. R. Denoix de Saint Marc, « Régulateurs et juges. Introduction générale », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, p. 115.

13. Parmi de nombreuses références, voir P. Idoux, « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *RFDA*, 2010, p. 920 ; G. Eveillard, « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non contentieuse », *AJDA*, 2010, p. 531 ; J.-M. Sauvé, « Autorités administratives, droits fondamentaux et opérateurs économiques », disponible sur www.conseil-etat.fr. Voir également Cons. const., 12 octobre 2012, décision n° 2012-280 QPC ; CE, Ass., 21 décembre 2012, *Société groupe Canal Plus et autres*, n° 362347 et Cons. const., 5 juillet 2013, décision n° 2013-331 QPC.

14. Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence. Voir B. Lasserre, « La transformation du Conseil de la concurrence en Autorité de la concurrence, clé de voûte d'une régulation de la concurrence moderne, juste et efficace », disponible sur www.autoritedelaconcurrence.fr.

15. M.-D. Hagelsteen, « L'organisation française de la concurrence : un modèle qui pourrait être revu », *Lamy Droit de la Concurrence*, 2004, n° 1, p. 144-145 ; M.-D. Hagelsteen, « Quelles mutations juridiques et économiques pour le contrôle des concentrations ? » in G. Canivet, L. Idot, *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986. Évolutions et perspectives*, Litec, 2007, p. 143.

16. Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes, op. cit.*, p. 261.



II. Quels défis pour une vision renouvelée de la régulation économique ?

« Une vision renouvelée de la régulation économique ». Le sous-titre du colloque exprime-t-il un constat ou un vœu, la reconnaissance d'une situation existante ou une volonté de s'interroger sur de nécessaires évolutions ? Il me semble qu'une seule réponse soit possible, sans doute un peu des deux. C'est par le prisme de trois thèmes liés entre eux mais différents que j'aborderai les défis qui sont ceux de la régulation économique. La régulation économique, objectif essentiel et néanmoins sectoriel, ne peut tout d'abord pas être pensée sans rapport avec d'autres objectifs d'intérêt général (A). Elle ne peut pas non plus être pensée en dehors d'un double contexte : celui de la crise économique (B) et celui de l'euphorisation et de la globalisation du droit (C).

A. Régulation économique et intérêt général

L'intégration, dans la notion d'intérêt général, des exigences relatives au bon fonctionnement du marché et, en particulier, du droit de la concurrence, a pu nourrir des discours sceptiques, notamment sur la privatisation du droit public. On sait désormais qu'il n'en est rien, ces préoccupations étant d'intérêt général au même titre que d'autres¹⁷, et il n'est pas nécessaire d'approfondir ici l'idée selon laquelle le droit de la concurrence a été une source d'enrichissement du droit public et de rénovation des missions dévolues aux pouvoirs publics¹⁸. Le Conseil d'État, tant dans sa fonction contentieuse que dans ses missions consultatives, a pleinement contribué à ce mouvement et il continue de le faire. Ses propres méthodes évoluent d'ailleurs : le juge a adopté les démarches et les outils du droit économique et se les est pleinement appropriés, comme le montre par exemple en dernier lieu l'arrêt du 21 décembre 2012 *Société Groupe Canal Plus*¹⁹.

Il résulte de l'intégration des exigences du bon fonctionnement des marchés dans l'intérêt général deux nécessités : que ces préoccupations soient prises en compte par les autres politiques publiques mais, également, qu'elles ne deviennent pas l'*alpha* et l'*oméga* de l'action publique. On sait par exemple que le Conseil constitutionnel a souligné, dans le secteur audiovisuel, la nécessité de concilier concurrence, pluralisme et encouragement des investissements privés pour que se constituent des groupes aptes à affronter la concurrence internationale²⁰. On sait aussi que le législateur est attentif à la pluralité des objectifs fixés²¹. Garantir la conciliation de ces objectifs d'intérêt général, c'est précisément s'éloigner de l'idée d'une régulation uniquement sectorielle, qui est en soi nécessaire, pour penser la régulation comme une politique d'ensemble. Le rôle du législateur apparaît dès lors

17. Notamment G. Clamour, *op. cit.*

18. J.-M. Sauvé, « Pouvoirs publics et concurrence », *Concurrences*, 2010, n° 3, p. 1.

19. CE, Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autres*, n° 362347.

20. Cons. Const., décision n° 93-333 DC du 21 janvier 1994.

21. Ainsi le ministre chargé des communications électroniques et l'Autorité de régulation des télécommunications doivent-ils prendre des mesures permettant l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale, la fourniture du service public des communications électroniques mais aussi, entre autres, au développement de l'emploi, de l'investissement, de l'innovation et de la compétitivité dans le secteur des communications électroniques (article L. 32-1 du code des postes et des communications électroniques).

fondamental, et la première table ronde, sous la présidence de Philippe Martin, permettra d'aborder la délicate question du lien entre l'action du législateur et l'incitation économique. Le juge, « *complément indispensable du régulateur parce qu'il le contrôle et qu'il garantit les droits et libertés fondamentaux* »²², remplit également un rôle central, car il est en capacité d'appréhender l'ensemble des exigences d'intérêt général en présence, ce qui fait de lui, selon l'expression du professeur Clamour, un « *conciliateur global* »²³. Marie-Dominique Hagelsteen, lorsqu'elle endossait les habits de juge, excellait particulièrement dans ce rôle, attentive non seulement aux détails mais aussi au tableau d'ensemble et à la cohérence et l'efficacité du tout.

Les régulateurs disposent également de moyens d'assurer cette conciliation entre intérêts divergents. Ce point avait été en partie traité lors des Entretiens du Conseil d'État en droit public économique, qui se sont tenus en mai 2010, consacrés aux liens entre pouvoirs publics et concurrence. Marie-Dominique Hagelsteen, qui présidait la première table ronde intitulée « *Politique de concurrence et autres politiques publiques* », rappelait tout d'abord que « *la politique de concurrence n'a de sens que si elle est au service de l'intérêt général, c'est-à-dire si elle étend les considérations d'efficacité et de pertinence à tout un ensemble de politiques publiques* »²⁴. Mettre en œuvre cette idée n'est toutefois pas une tâche aisée et, pour y répondre, les intervenants s'étaient en particulier tournés vers des instruments non contraignants, ce que les anglo-saxons appellent *Advocacy* et que la présidente de la section des travaux publics définissait alors comme la promotion de la politique de concurrence faite auprès des décideurs, des consommateurs et des citoyens, en sorte qu'ils en comprennent les mécanismes et que cette politique soit mise au service de l'intérêt général²⁵.

Entre l'intervention du pouvoir législatif et l'*Advocacy*, le spectre des moyens pour concilier les différentes composantes de l'intérêt général est large, le tout sous le contrôle du juge. Le deuxième défi à relever est moins classique ; il concerne le rôle et la place de la régulation dans la crise.

B. Régulation économique et crise économique

L'analyse de la régulation économique au prisme de la crise économique débutée en 2008 permet de dresser des constats mais alimente aussi certaines interrogations.

Le premier constat est que, pour développés que soient les mécanismes de régulation mis en place depuis une trentaine d'années, ceux-ci n'ont pas permis de prévenir la crise ou, en tout cas, de provoquer une réaction suffisante pour la prévenir. La prévisibilité a fait défaut, en particulier dans le secteur bancaire où, il est vrai, le risque systémique est infiniment plus grand que dans d'autres

22. G. Clamour, *op. cit.*, p. 766.

23. *Ibid.*

24. M.-D. Hagelsteen, « *Politique de concurrence et autres politiques publiques : comment les concilier lors de l'élaboration des lois ?* », *Concurrences*, 2010, n° 3, p. 7.

25. *Ibid.*



secteurs²⁶, et les mécanismes prudentiels n'ont pas été suffisamment efficaces. Mais il a également été démontré, à l'occasion de la crise, que l'adaptabilité était l'une des caractéristiques de l'État régulateur. Les instruments qui ont été adoptés ont prouvé l'inventivité dont il est possible de faire preuve, tant sur le plan juridique qu'économique, en particulier au niveau de l'Union européenne avec les règlements et directives pris en application du TFUE et ou à sa marge avec le Mécanisme européen de stabilité financière et le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance. Troisième constat : la crise a indubitablement marqué le retour de l'État, dans le but de pallier les déficiences des marchés et, plus généralement, les défaillances économiques ; elle a vu une « revalorisation des formes directes et massives d'intervention publique » selon l'expression du professeur Idoux²⁷.

Ces constats alimentent de nombreuses interrogations. Les deux principales sont bien entendu : comment sortir de la crise et que faire pour éviter que le scénario ne se répète à l'avenir ? Répondre à ces questions conduit nécessairement à jeter un regard renouvelé sur la régulation. Pour n'en donner qu'un exemple, faut-il repenser nos manières de réguler pour les adapter au contexte économique particulier ? La crise constitue-t-elle une circonstance exceptionnelle permettant qu'il soit dérogé à certains principes et politiques ou, au contraire, convient-il de tenir fermement le cap fixé avant son déclenchement ? La seconde table ronde, sous la présidence de Bruno Lasserre, abordera sans doute cette question, puisque l'on sait que la mise en œuvre d'une trop stricte politique de la concurrence est parfois soupçonnée de peser sur le retour de la croissance²⁸. Il est en tout cas certain que les circonstances économiques actuelles ne manquent pas de peser sur la façon dont il faut penser ou repenser la régulation économique. L'arbitrage entre considérations d'efficacité économique et mesures de stabilité systémique, la frontière à tracer entre domaines respectifs de la régulation et de l'autorégulation, le choix du type d'intervention à mettre en œuvre suivant les caractéristiques de la crise sont autant de questions qui interpellent nécessairement les régulateurs et, plus largement, l'État régulateur²⁹.

Enfin, le troisième défi que je souhaite aborder est celui de la globalisation.

C. Régulation économique, européenisation et globalisation

Les questions économiques ne peuvent plus, cela relève de l'évidence, être traitées sans que ne soit intégrée une perspective internationale. L'internationalisation des rapports économiques, la progression des échanges commerciaux, l'interpénétration croissante des marchés et des économies et le caractère massif des mouvements de capitaux appellent en effet une régulation économique

26. C. de Boissieu, « L'articulation entre régulation et crise dans le secteur bancaire et financier », in M.-A. Frison-Roche, *Les risques de régulation*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2005, p. 19.

27. P. Idoux, « Le droit public économique vu à travers la crise », *Droit administratif*, mars 2010, n° 3, étude 5.

28. Voir à ce sujet A. Perrot, « La politique de la concurrence dans la crise », in P. Askenazy, D. Cohen, *16 nouvelles leçons d'économie contemporaine*, Albin Michel, 2010, p. 157 ; B. Lasserre, « Antitrust : a good deal for all in times of globalization and recession », *Competition Policy International*, 2011, vol. 7.

29. C. de Boissieu, *op. cit.*



internationale. Or, sur ce point, il semble toujours exister un « *décalage entre le constat de la mondialisation et l'absence de gouvernance économique mondiale* »³⁰. Si des efforts sont accomplis dans le sens d'une régulation mondiale plus poussée, il est tout aussi vrai que la coopération économique à ce niveau avance rarement sans embûche, comme le prouvent par exemple les blocages et les tâtonnements des négociations commerciales ou encore les évolutions récentes de la lutte contre l'évasion fiscale.

Le cadre européen est, à cet égard, un espace plus propice à la méta-régulation ou à l'inter-régulation. Marie-Dominique Hagelsteen, s'exprimant à propos de la régulation concurrentielle, rappelait ainsi en 2004 que « *le grand enjeu à venir est celui de la communautarisation* » et que « *les efforts doivent porter sur la mise en place d'une coopération fructueuse et équilibrée entre la Commission et les autorités nationales d'une part, et entre ces dernières d'autre part* »³¹. Le réseau européen des autorités de concurrence, dont le but est d'assurer que les règles communautaires de concurrence soient appliquées de manière effective et cohérente, a ainsi permis une réelle accélération de la convergence, tant d'un point de vue substantiel que procédural, des pratiques des autorités européennes³². Du point de vue des juges des autorités de régulation, cette convergence se constate également, sous l'influence combinée des jurisprudences de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme, d'une part, et du dialogue informel que nouent les juges nationaux des États d'Europe entre eux, d'autre part. Le renforcement de l'échelon européen de la régulation économique soulève toutefois des questions, qui vont des problèmes liés à la superposition et l'articulation de différents niveaux de régulation à la question toujours pendante de la légitimité démocratique d'un tel schéma institutionnel.

On le voit, la notion de régulation économique comme ses manifestations ne peuvent être pensées qu'au travers des défis qu'engendre le contexte économique international. À cet égard, il me semble fondamental que soit retenue une conception globale, et pas uniquement sectorielle, de la régulation. Seule une telle conception permet en effet de répondre à la définition volontariste de l'intérêt général telle qu'elle ressort de notre tradition républicaine, en permettant la conciliation d'intérêts divergents. Seule une telle conception peut en outre permettre de ne pas perdre de vue la question des fins. Si le droit de la concurrence, comme le droit de la régulation économique, existent, c'est, dans une vision globale, pour servir des fins qui dépassent des objectifs sectoriels. C'est en ce sens qu'Amartya Sen prône la nécessaire réintroduction de l'éthique en économie³³, car la question des fins, c'est-à-dire celle du « vivre-ensemble », doit en permanence être remise au cœur de l'action publique. Marie-Dominique Hagelsteen, quelles que soient

30. J.-P. Jouyet, « Articulation ou désarticulation des régulations nationales et internationales ? », in M.-A. Frison-Roche, *Les risques de régulation*, op. cit., p. 125.

31. M.-D. Hagelsteen, « L'organisation française de la concurrence : un modèle qui pourrait être revu », op. cit.

32. B. Lasserre, « *Towards the ECN's second decade* », 2011 et B. Lasserre, « *The future of the European Competition Network* », 2013, disponibles sur www.autoritedelaconcurrence.fr.

33. A. Sen, *Ethique et économie*, Paris, PUF, 2009.



les fonctions qu'elle ait occupées, ne perdait jamais de vue les conséquences concrètes, sur la vie de la communauté, des décisions qui devaient être prises. Chacun a pu voir dans sa manière de poser les problèmes, comme dans son approche des solutions possibles, les exigences qui étaient les siennes en matière de loyauté des échanges, de débat contradictoire, d'impartialité des procédures et de défense de l'intérêt général et des droits fondamentaux des personnes. À cela s'ajoutait un goût prononcé pour les solutions concrètes et efficaces, aux antipodes des spéculations abstraites qui ne marchent pas. Je ne doute pas que les travaux d'aujourd'hui, s'inspirant de son exemple, nous inciteront à marcher dans ses pas.



Première table ronde

L'incitation économique de la loi

Cette première table ronde est consacrée à une réflexion sur l'évolution et la pertinence de l'intervention de la loi en matière d'incitation économique, à travers une variété de cas d'application et autour de 3 thèmes : fiscalité et incitation économique, énergie et environnement, relations entre fournisseurs, distributeurs et consommateurs.

Sommaire

Présentation des intervenants	p. 19
Introduction par Philippe Martin, <i>Président de la section des travaux publics du Conseil d'État,</i> <i>modérateur de la table ronde</i>	p. 21
1^{ère} séquence – L'incitation économique par la fiscalité classique	p. 22
Olivier Fouquet, <i>Président de section (h) au Conseil d'État</i>	p. 22
Benoît Bohnert, <i>Maître des requêtes, rapporteur public à la 8^{ème} sous-section</i> <i>de la section du contentieux du Conseil d'État</i>	p. 25
2^{ème} séquence – L'incitation économique et la loi dans le domaine de l'énergie et de l'environnement	p. 30
Benoît Delaunay, <i>Professeur à l'université de Paris II (Panthéon-Assas)</i>	p. 30
3^{ème} séquence – L'incitation économique de la loi : la question des prix dans les relations entre fournisseurs, distributeurs et consommateurs	p. 38
Martine Behar-Touchais, <i>Professeur à l'université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)</i>	p. 38





Présentation des intervenants

Modérateur

Philippe Martin

Président de la section des travaux publics du Conseil d'État

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris, titulaire d'un DEA de droit des affaires et ancien élève de l'École nationale d'administration (promotion Droits de l'homme), Philippe Martin entre comme auditeur au Conseil d'État en 1981. Nommé maître des requêtes en 1985, puis conseiller d'État en 1997, il exerce les fonctions de président de sous-section (1999-2004) puis de président adjoint de la section du contentieux du Conseil d'État (2004-2012). Conseiller technique au Secrétariat général du Gouvernement de 1989 à 1992 puis conseiller juridique au ministère de l'agriculture et de la pêche (1993-1997), Philippe Martin a également été membre de la Cour de discipline budgétaire et financière de 2001 à 2011. Membre puis vice-président du Tribunal des conflits de 2008 à 2010, Philippe Martin est actuellement membre de la Commission des participations et des transferts et membre du Conseil des prélèvements obligatoires. Il est, d'autre part, président de la section des travaux publics du Conseil d'État depuis 2012.

Intervenants

Olivier Fouquet

Président de section (h) au Conseil d'État

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et ancien élève de l'École nationale d'administration (promotion Turgot), Olivier Fouquet entre au Conseil d'État en 1968 en tant qu'auditeur. Après avoir été rapporteur au Conseil des impôts, conseiller technique au cabinet de Jean-Philippe Lecat (secrétaire d'État auprès du ministre de l'économie et des finances) de 1972 à 1973, conseiller technique au cabinet de Valéry Giscard d'Estaing (ministre de l'économie et des finances) de 1973 à 1974, puis conseiller technique au secrétariat général de la Présidence de la République (1974 à 1981), Olivier Fouquet est nommé maître des requêtes au Conseil d'État (1975). Il exerce les fonctions de commissaire du Gouvernement près la section du contentieux du Conseil d'État de 1983 à 1993 et continue alors sa carrière au sein du Conseil d'État. Il est nommé Conseiller d'État en 1988 et préside la 9^{ème} sous-section de la section du contentieux de 1995 à 1999. Il devient ensuite président adjoint de la section du contentieux jusqu'en 2001 où il est nommé président de la section des finances (2001-2007) puis président adjoint de la section des travaux publics au Conseil d'État. Il est membre honoraire du Conseil d'État depuis 2010. Membre du Conseil national des impôts (1989-1990), du Conseil national de l'ordre des médecins (1989-2001), de la Cour de discipline budgétaire et financière (1990-2007), du Tribunal des conflits (1998-2001), du Conseil supérieur de la fonction publique de l'État (2001-2007), Olivier Fouquet est actuellement membre du collège de l'Autorité de contrôle prudentiel depuis 2010. Il a également exercé les fonctions de président de la Commission de déontologie de la fonction publique de 2007 à 2012.



Benoît Bohnert

Maître des requêtes au Conseil d'État, rapporteur public à la 8^{ème} sous-section de la section du contentieux

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et ancien élève de l'École nationale d'administration (promotion René Char), Benoît Bohnert assure les fonctions d'administrateur civil au ministère de l'économie, des finances et de l'industrie de 1995 à 2000. Il devient ensuite rapporteur à la Cour des comptes (2000-2002) puis conseiller technique aux cabinets de Francis Mer (ministre de l'économie, des finances et de l'industrie) et d'Alain Lambert (ministre délégué au budget et à la réforme budgétaire) de 2002 à 2004. Directeur adjoint puis directeur de cabinet (2004-2006) de Xavier Bertrand (secrétaire d'État à l'assurance maladie puis ministre de la santé et des solidarités), Benoît Bohnert est actuellement, et depuis 2006, maître des requêtes au Conseil d'État.

Benoît Delaunay

Professeur à l'université de Paris II (Panthéon-Assas)

Agrégé des facultés de droit depuis 2008, Benoît Delaunay est professeur de droit public. Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et d'HEC, docteur en droit public, lauréat de l'Institut de France (Prix Charles Dupin de l'Académie des sciences morales et politiques), il a été professeur à l'université de Poitiers puis à l'université Paris-Descartes. Membre du comité de rédaction de la *RFDA* et de la revue *Droit administratif*, il est l'auteur d'une cinquantaine d'articles et de notes. Ses travaux portent à la fois sur le droit administratif, le droit public de l'économie et de la concurrence et le droit fiscal. Membre du Conseil national des universités, Benoît Delaunay est également membre de jurys de concours administratifs (ENA, conseillers de TA et CAA, commissaires de police). Il a été rapporteur de la Commission Gaudemet sur les aspects constitutionnels et conventionnels de la réforme de la procédure pénale (2010). Depuis 2012, il est membre du groupe national d'experts du Comité permanent pour la fiscalité écologique. Il a participé au groupe de travail européen désigné par le ministère espagnol de la recherche sur le statut des réseaux énergétiques en Europe et a co-rédigé l'ouvrage *Energy grids in Europe* (Thomson, 2012).

Martine Behar-Touchais

Professeur à l'université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Martine Behar-Touchais est spécialisée en droit des contrats et en droit de la concurrence. Elle a été membre du collège du Conseil de la concurrence, pendant six ans, de janvier 2003 à janvier 2009. Elle est également co-directrice de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne. Elle a organisé de nombreux symposiums (« Existe-t-il un principe de proportionnalité ? » « Existe-t-il un principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui ? » « La date de naissance des créances » « La dénonciation en droit privé », etc.). Elle a publié, en collaboration avec Georges Virassamy, *Les contrats de la distribution* (LGDJ, 1999). Elle est co-auteure de *Le nouveau droit communautaire de la concurrence* (LGDJ, 2008), *Mise en œuvre des instruments optionnels européens en droit privé* (SLC, coll. TEE, 2012), et *Les jeux en ligne en France et en Europe : quelles réformes trois ans après l'ouverture du marché* (SLC coll. TEE, 2013). Elle est également l'auteur de nombreuses chroniques.



Introduction

Philippe Martin

*Président de la section des travaux publics du Conseil d'État,
Modérateur de la table ronde*

La première table ronde est consacrée à l'incitation économique et la loi. Son objectif est de réfléchir à l'évolution, à la cohérence, à l'efficacité de l'intervention de la loi à des fins d'incitation économique. Pour réfléchir à cette question, nous avons retenu trois thèmes qui permettent de voir la loi en action dans l'incitation économique dans trois types de situations assez différentes.

Le premier thème s'attache à l'incitation économique par la fiscalité classique, donc par les impôts appelés traditionnellement « *de rendement* ». Nous nous plaçons dans un cadre législatif dont l'objet premier est le financement de dépenses publiques, mais qui intègre de manière assez récurrente une dimension d'incitation économique. Ce premier thème sera traité par Olivier Fouquet, président honoraire de la section des finances du Conseil d'État et par Benoît Bohnert, rapporteur public dans une sous-section fiscale du contentieux du Conseil d'État.

Le deuxième thème est consacré à l'énergie et à l'environnement. Il comporte une dimension fiscale réelle puisque la fiscalité écologique est à l'ordre du jour. Elle est aussi spécifique puisque sa vocation incitative ou désincitative est première, essentielle à sa conception. À ceci s'ajoutent des mécanismes de bonus-malus dont la qualification juridique est parfois délicate. Ce deuxième thème sera traité par Benoît Delaunay, professeur à l'université de Paris II.

Le troisième thème, un peu différent, nous amène peut-être plus directement au cœur de l'intervention économique par la loi, puisqu'à travers la législation sur les relations entre fournisseurs et distributeurs, la loi cherche à intervenir dans la négociation et la fixation des prix par les opérateurs économiques. Ce troisième thème sera traité par Martine Behar-Touchais qui est professeur à l'université de Paris I et qui a été membre du collège du Conseil de la concurrence.

Sans plus tarder, je passe la parole aux intervenants du premier thème.

1^{ère} séquence – L’incitation économique par la fiscalité classique

Olivier Fouquet

Président de section (h) au Conseil d’État

Le premier thème sur la fiscalité et l’incitation économique paraît assez classique parce qu’il s’insère dans une politique économique où le droit économique existe mais où son efficacité, en revanche, est difficile à mesurer. La grande difficulté de la fiscalité, lorsqu’elle a un objectif économique, c’est en effet de mesurer son efficacité. Dans l’annexe du projet de loi de finances consacré à l’évaluation des voies et moyens figure une partie consacrée aux « dépenses fiscales », dont l’énumération quasi-infinie ne peut que plonger le lecteur dans la perplexité. On appelle « dépense fiscale » une perte de recette pour l’État qui résulte d’une disposition législative ou réglementaire particulière dérogeant à ce qui doit être regardé comme la règle générale. Il résulte de cette définition qu’il faut mettre en œuvre une bonne dose *d’a priori* et d’arbitraire pour identifier une « dépense fiscale ». Néanmoins, le classement d’une mesure dans la catégorie des dépenses fiscales présente un intérêt indéniable puisqu’il devrait permettre d’identifier l’objectif poursuivi par le législateur fiscal et d’apprécier l’effet réel de cette mesure. Toutes les dépenses fiscales ne poursuivent pas un objectif d’incitation économique. Une bonne partie d’entre elles poursuivent un objectif social. Mais au fil du temps, quelle que soit la mesure, l’objectif s’estompe ou s’oublie, de sorte que la mesure devient un avantage acquis d’une nature imprécise mais très difficile à remettre en cause. C’est sans doute pourquoi les dépenses fiscales s’empilent au fil du temps pour constituer une montagne de plus en plus haute que les meilleures intentions du monde ne suffisent pas à éroder. Si les gouvernements étaient capables de répondre à deux devinettes posées par le sphinx fiscal : « pourquoi cette mesure a-t-elle été instituée ? » et « sert-elle encore à quelque chose ? », l’adéquation de la fiscalité à l’incitation économique s’en trouverait grandement améliorée. Mais aussi longtemps qu’Œdipe n’aura pas été nommé ministre du budget, les choses resteront en l’état, car aucun ministre des finances n’a été, jusqu’à présent, capable de répondre de façon satisfaisante aux devinettes du sphinx fiscal.

En désespoir de cause, deux politiques ont été tentées en matière d’impôt sur le revenu. La méthode Reagan qui a consisté à supprimer d’un coup toutes les déductions de l’impôt sur le revenu : mais l’homme politique étant ce qu’il est, de nouvelles déductions ont été progressivement réintroduites au fil des années. L’autre méthode, que vous connaissez et mise en œuvre récemment en France, est celle d’un plafonnement global, en valeur absolue, des déductions admises quelles qu’elles soient. Mais ce plafond n’a tenu qu’un instant, et des déductions importantes en ont été sorties. Deux échecs retentissants.

Existe-il une troisième voie ? La difficulté d’un échenillage des dépenses fiscales à objectif économique vient de ce qu’elles poursuivent souvent plusieurs objectifs à la fois. L’absence d’homogénéité des dépenses est probablement, en partie, la cause de leur inefficacité.



J'approfondirai davantage les problèmes des dépenses fiscales en faveur des entreprises, et je dirai quelques mots des dépenses fiscales en faveur des particuliers.

Les plus coûteuses des mesures en faveur des entreprises sont celles qui poursuivent un but d'allègement général du poids de leur impôt en adoptant une formulation incitative. Certaines de ces mesures sont voulues, d'autres sont subies. Pourquoi cette approche ? Parce que le taux de l'impôt sur les sociétés en France étant l'un des plus élevés d'Europe, il faut bien compenser ce taux apparent excessif par des réductions d'assiette importantes. De la combinaison des deux résulte ce qu'on appelle le « *taux effectif d'imposition* », sur lequel tous les directeurs financiers ont le regard rivé. Notons à cet égard combien serait imprudent le projet de rapprocher l'assiette de l'impôt français sur les sociétés de celle de l'impôt allemand, puisque l'Allemagne a fait le choix inverse, faible taux et large assiette. Parmi les mesures voulues par les gouvernements, certaines sont si anciennes qu'elles se sont incorporées au paysage fiscal et ont cessé d'être regardées par les entreprises comme une incitation économique : par exemple l'amortissement dégressif largement pratiqué dans tous les secteurs. Les entreprises ne font plus de différence entre l'amortissement normal et l'amortissement dégressif. Cela est si vrai que lorsqu'un gouvernement souhaite relancer l'investissement, plutôt que de modifier le champ et le taux de l'amortissement dégressif, il préfère prévoir une déductibilité immédiate des investissements effectués pendant une certaine période. D'autres mesures ne correspondent pas à une véritable incitation économique. Nous classerions volontiers dans cette catégorie le récent crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi qui nous paraît caractériser un choix purement optique. Plutôt que d'alléger les charges fiscales et sociales des entreprises – mesure simple – le législateur a choisi de compenser leur alourdissement par un crédit d'impôt – mesure compliquée – qui, compte tenu de l'assiette retenue (les salaires inférieurs à 2,5 fois le SMIC), n'aura qu'un faible effet incitatif.

Plus intéressant est le crédit d'impôt-recherche. Les auteurs de cette mesure ont voulu clairement, je m'en souviens, allier l'allègement de fait de l'impôt sur les sociétés – environ 1 point de réduction – et un encouragement à la recherche, insuffisante en France. Ils ont institué en faveur de la recherche le système fiscal le plus favorable de l'OCDE. Mais les gouvernements qui ont suivi ont navigué entre les deux objectifs. Par peur du recours abusif à ce crédit d'impôt mais aussi, ce qui est dans une certaine mesure contradictoire, par crainte de ne pas toucher suffisamment les PME, ils ont modifié tous les ans, pendant six ans, le régime applicable, le privant ainsi, en raison de son instabilité, d'une partie de son efficacité. Le ministre du budget, M. Cahuzac, s'était engagé en février 2013 à « sanctuariser » le régime jusqu'en 2017, mais déjà certains parlementaires, au nom de la lutte contre la fraude fiscale, veulent à nouveau le modifier.

Voici quelques exemples de mesures voulues (mais beaucoup d'autres mesures à portée générale sont subies et résultent de la concurrence fiscale notamment au sein de l'Union européenne). L'exonération des plus-values sur la cession de titres de participation n'a été adoptée en France, après un long combat d'arrière-garde, que parce que ces plus-values étaient exonérées en Allemagne et que plus aucune



société *holding* ne voulait s'établir en France. Le régime des quartiers généraux n'a été adopté que parce que les entreprises internationales installaient leurs quartiers généraux à Bruxelles où elles bénéficiaient d'un régime fiscal favorable. De même le régime mère-fille et le régime de l'intégration fiscale ont été étendus, sous la pression de la jurisprudence européenne, bien au-delà des limites voulues initialement par les gouvernements français. Ces mesures générales sont finalement les plus faciles à analyser, et sans doute les plus intéressantes, en raison de leurs coûts. Mais il est exact qu'en dehors de ces mesures de portée générale, il existe d'innombrables niches sectorielles, qu'il s'agisse de secteurs économiques ou de secteurs géographiques, qui posent, encore plus que les mesures générales, une question de coût/efficacité. C'est le cas des régimes fiscaux en faveur des énergies nouvelles, de la presse, des ex-zones franches urbaines ou des départements d'outre-mer (DOM) dont l'effet incitatif est certain mais dont le coût paraît hors de proportion avec le résultat. Les entreprises qui s'implantent dans les ex-zones franches urbaines ne recrutent pas leur personnel localement ; les investissements faits dans les DOM ne sont pas rentables.

En va-t-il de même pour les particuliers ? La situation nous paraît encore moins claire que pour les entreprises. En premier lieu, les mesures fiscales incitatives sont encore plus nombreuses que pour les entreprises. En second lieu, leur objectif économique affiché est encore plus confus et s'apparente souvent plus à une mesure sociale qu'à une incitation économique. Il existe certes pour les particuliers comme pour les entreprises des dépenses fiscales qui poursuivent, par un allègement sensible du poids de l'impôt, des objectifs clairement économiques : le pacte Dutreil successions, le pacte Dutreil ISF, le régime d'exonération d'ISF des impatriés, l'investissement dans les PME.

Je ferai une digression sur le régime d'exonération d'ISF des impatriés. Comme on ne pouvait plus faire venir de cadres supérieurs étrangers en France, on a fini par instituer un régime qui ressemble beaucoup au régime de *Remington Tax* anglais dans lequel, pendant les cinq premières années où vous vous installez en France, vos avoirs à l'étranger ne sont pas compris dans l'assiette de l'ISF. Ceci aboutit à un résultat extraordinaire, c'est-à-dire que le français qui s'expatrie pendant cinq ans peut revenir en France pendant cinq ans à condition de laisser ses avoirs à l'étranger.

La plupart des autres mesures en faveur des particuliers n'ont pas un objectif économique aussi clair. Je citerai l'emploi d'un salarié à domicile, les dépenses d'équipement de l'habitation principale en faveur des économies d'énergie. D'autres mesures ont un objectif sur la nature duquel on peut s'interroger. S'agit-il en particulier d'un objectif économique ? L'exonération du livret A, que l'on présente toujours comme une mesure d'incitation économique, a-t-elle vraiment un but économique alors qu'elle prive les banques des ressources qui leur auraient permis de mieux financer l'économie, et que les ressources obtenues sont concentrées sur le logement social ? Par ailleurs, cette exonération est présentée comme favorisant une épargne populaire. L'analyse des dépôts montre qu'en réalité elle favorise les épargnants les plus favorisés. Quelle est alors la signification d'un relèvement du plafond ? Mais la palme de l'illusion est remportée sans conteste par la prime pour l'emploi qui a été créée non pas pour inciter les bénéficiaires à reprendre



un emploi, mais pour compenser chez les non imposés les conséquences de la baisse du barème de l'impôt sur le revenu, alors que seule une petite moitié de ménages français y est assujettie. Cette confusion rend très difficile l'analyse des mécanismes incitatifs et l'évaluation de leur efficacité, en dépit des efforts qui ont été tentés et que Benoît Bohnert va vous exposer.

Benoît Bohnert

*Maître des requêtes au Conseil d'État,
rapporteur public à la 8^{ème} sous-section de la section du contentieux*

Merci M. le président. Après cette classification qui vient de vous être proposée, venons-en maintenant à l'évaluation de ces mesures sous deux angles : tout d'abord, l'efficacité et l'efficience de ces dispositifs et, dans un second temps, une réflexion sur la stabilité de la norme incitative et la question de la sécurité juridique vue par l'investisseur.

I. L'efficacité de ces mécanismes incitatifs est très inégale comme le montrent les évaluations qui ont été réalisées

A. L'évaluation des mesures fiscales incitatives est récente et révèle une grande disparité dans l'efficacité de ces dispositifs

Ces évaluations sont pour la plupart très récentes alors même qu'un grand nombre des mesures incitatives qui figurent dans l'annexe voies et moyens du projet de loi de finances remonte parfois à la III^{ème}, voire à la IV^{ème} République – comme la fameuse exonération en faveur de la culture des chênes truffiers qui remonte à une instruction fiscale de 1908. Cette évaluation est très récente, elle date d'une dizaine d'années. Première étape en 2003, le XXI^{ème} rapport du conseil des impôts procède essentiellement à un exercice de recensement et dénombre 174 dispositifs différents pour le seul impôt sur le revenu ; il relève que, sur la période 1980-2003, le nombre de ces dispositifs avait déjà doublé. Deuxième phase, en 2009, le rapport de l'inspection générale des finances portait essentiellement sur la méthodologie et recommandait de centrer l'exercice d'évaluation prioritairement sur les 100 niches fiscales et sociales les plus coûteuses représentant plus de 100 millions d'euros de coût et concentrant à elles seules 90 % des enjeux financiers. Enfin, la troisième phase, la plus importante en termes de volume des travaux effectués, est ouverte par le rapport de juin 2011 du comité d'évaluation des dépenses fiscales qui a passé en revue pas moins de 538 mesures fiscales et sociales pour un montant total estimé à 104 milliards d'euros. Il analyse chaque mesure selon une méthodologie commune portant sur l'impact du dispositif, l'atteinte de l'objectif économique escompté, les risques de distorsion de concurrence ou encore le coût de gestion pour l'administration. Ces différents travaux nous permettent d'avoir aujourd'hui une vision d'ensemble de ces mécanismes et il est possible d'en tirer quatre enseignements que je voudrais partager avec vous ce matin.

Le premier constat, c'est qu'environ 40 % de ces mesures ont été jugées relativement inefficaces. Pourquoi ? Parce qu'elles datent de 20, 30 ans ou ont une ancienneté plus grande encore et n'ont jamais été réexaminées, de sorte que l'objectif qui était initialement poursuivi peut ne plus du tout être adapté aux évolutions économiques et sociales intervenues depuis leur création.

Le deuxième constat conduit à dire que si les mesures incitatives visent à orienter le comportement des ménages ou des entreprises, l'outil fiscal n'est pas toujours le plus approprié, soit parce qu'il aboutit à un ciblage insuffisamment précis – donc on obtient l'effet de « saupoudrage » – soit parce que le comportement de l'investisseur répond à des déterminants autres que fiscaux. On peut citer ici un exemple en matière d'épargne, où les caractéristiques des instruments financiers, notamment en termes de risques, comptent autant sinon plus que le régime fiscal qui leur est appliqué. L'exonération, par exemple, des intérêts du PEA ne coûte « que » 120 millions d'euros par an, selon l'évaluation des voies et moyens, contre plus de 400 millions d'euros pour le livret A et 1,2 milliard d'euros pour l'assurance vie. On voit bien que l'incitation fiscale, même si elle existe dans les trois cas, n'a pas forcément un effet très grand au regard de l'aversion au risque qui est celle de l'épargnant. Dans de nombreux cas, c'est la pertinence même du recours à l'outil fiscal qui est remise en question compte tenu de ses limites techniques et de ses coûts de gestion par l'administration. Cet instrument manque sa cible ou s'avère trop coûteux, alors qu'une mesure réglementaire et/ou une dépense budgétaire auraient été plus efficaces et plus économes pour les finances publiques.

Troisième enseignement : l'efficacité, c'est-à-dire le « rendement » des mesures, est très disparate. Certains dispositifs comportent un effet de levier très puissant tel que, par exemple, l'exonération des sociétés de capital-risque qui représente une dépense d'environ 30 millions d'euros par an alors qu'elle « produit » plusieurs centaines de millions d'euros d'investissement dans des sociétés et des PME. D'autres, en revanche, sont nettement surdimensionnés notamment du fait d'une inadéquation entre l'offre et la demande. Un exemple très simple est celui de l'investissement dans le secteur de l'hôtellerie en Polynésie française. La défiscalisation a coûté environ 40 millions d'euros sur une dizaine d'années et le chiffre d'affaires supplémentaire sur la même période pour les établissements concernés n'a été que de 30 millions d'euros. De nombreux hôtels sont restés vides ou inachevés... L'analyse en termes de « rendement » conduit aussi à se poser une autre question qui est celle de savoir à qui profite l'avantage fiscal consenti par la collectivité. Comment est-il réparti entre l'investisseur, l'intermédiaire qui monte l'opération et le bénéficiaire de l'investissement ? Là encore, le rapport de l'inspection générale des finances de 2011 donne quelques réponses. Il nous indique notamment que dans les investissements à l'impôt sur le revenu qui sont soumis à l'agrément, environ 20 % de l'avantage est conservé par l'investisseur lui-même (donc le contribuable), 15 % vont à l'intermédiaire et 65 % sont rétrocédés au bénéficiaire du projet. Enfin, autre remarque, des champs entiers échappent encore à toute évaluation, faute de données économiques permettant d'en mesurer la pertinence. Et certaines mesures, telles que le taux de TVA de 5,5 % sur les acquisitions d'oeuvres d'art ou l'abattement par année de détention des



plus-values immobilières – qui coûte quand même 2,2 milliards d’euros par an – ne figurent absolument pas dans la liste des voies et moyens alors qu’il s’agit bien de politiques sectorielles.

Quatrième et dernier enseignement : beaucoup de ces dispositifs ont atteint un niveau de complexité qui, aujourd’hui, finit par nuire à leur efficacité et à la réalisation de l’objectif redistributif poursuivi. Un exemple, les réductions d’impôt sur le revenu et d’ISF au titre des souscriptions dans les FCPI : les ratios d’investissement et les normes de gestion imposés à ces fonds sont très complexes et aboutissent à une situation où les capitaux qui sont levés tardent à être investis avec parfois un décalage de 6, 12, voire 18 mois entre la levée des fonds et leur affectation réelle au financement d’un projet. La complexité tient également à l’empilement de mesures non articulées entre elles. On peut citer ici les huit dispositifs différents d’exonération des plus-values de cession professionnelles en vigueur en matière de transmission et de cession d’entreprise pour un coût global de l’ordre de 800 millions d’euros par an, mais dont le nombre de bénéficiaires n’est pas connu et l’impact réel sur la transmission d’entreprises difficile à cerner.

B. L’évaluation de ces mesures incitatives est d’autant plus complexe que certaines poursuivent plusieurs objectifs économiques différents : l’exemple du taux réduit de TVA dans la restauration

Afin de restaurer la compétitivité de ce secteur et d’améliorer l’emploi dans cette branche qui emploie plus de 600 000 salariés, les pouvoirs publics avaient pris l’engagement en 2002 d’appliquer le taux réduit de TVA à l’ensemble du secteur de la restauration. Après 7 années de négociations, nous avons obtenu en mai 2009 l’accord de nos partenaires européens et le taux de 5,5 % est entré en vigueur à compter du 1^{er} juillet 2009. Cette mesure incitative mérite que l’on s’y arrête, en ce qu’elle a été précédée de la signature d’un contrat dit « d’avenir » entre le Gouvernement et les organisations professionnelles, qui comportait, en contrepartie de la baisse de taux, des engagements des professionnels de la restauration en matière de prix, d’investissements et d’amélioration des conditions de travail des salariés. Le bilan de cette mesure, qui a coûté 3,3 milliards d’euros, est très contrasté.

D’une part, s’agissant des prix, on a constaté un phénomène d’augmentation des prix avant l’entrée en vigueur de la mesure puis une diminution dans un certain nombre d’établissements – un peu plus de la moitié a respecté l’objectif qui avait été pris initialement – et une remontée des prix notamment lorsque le taux de TVA est repassé de 5,5 % à 7 %, la profession s’estimant alors déliée de l’engagement qu’elle avait pris. Le résultat global sur la période 2008 est une simple stabilisation des prix dans le secteur de la restauration. Deuxième volet, l’emploi et les salaires : le contrat d’avenir prévoyait la création de 40 000 emplois supplémentaires sur 2 ans. Sur ce point, les estimations qui ont été faites aboutissent à un chiffre de 48 000 emplois créés en 2 ans. S’agissant des salaires, l’objectif fixé, c’est-à-dire un salaire horaire minimal au niveau du SMIC majoré de 1 %, n’a pas totalement été atteint. Enfin, le dernier volet du contrat portait sur l’investissement, la rénovation et la modernisation des établissements. Un milliard d’euros devait être consacré à cet effort sur la période couverte par le contrat. Mais le fameux fonds qui a

été mis en place et qui bénéficiait de la garantie d'Oséo n'a financé qu'environ 450 opérations pour un montant total de 54 millions d'euros. On est donc très loin de l'objectif.

Il est bien difficile d'apprécier l'effet d'ensemble d'une telle mesure compte tenu des multiples objectifs qu'elle se fixait. Si l'on se borne à prendre en compte les 20 000 emplois créés, le coût unitaire apparaît prohibitif (165 000 euros par emploi). Ce qui est certain, c'est que l'instrument de la baisse des taux n'est pas le plus adapté : c'est une pure création de marge chez l'opérateur économique, que ce dernier décide ou non de restituer au consommateur et d'affecter librement l'avantage consenti à une baisse des prix ou à une augmentation des salaires.

C. Une régulation d'ensemble de ces dispositifs qui demeure très imparfaite parce que non ciblée

Dans son rapport public 2012, la Cour des comptes relevait que le coût global des mesures incitatives a augmenté de 60 % entre 2004 et 2010, la dépense fiscale ayant notamment permis de contourner la norme de croissance « zéro volume » des dépenses budgétaires. C'est un élément très important. On a constaté sur cette période un effet de déport qui était lié à une politique de maîtrise budgétaire qui a été fortement resserrée à partir du début des années 2000, dans le cadre de la LOLF mais également dans le cadre des objectifs que les pouvoirs publics se sont fixés. Beaucoup de dépenses budgétaires ont tout simplement été remplacées par des dépenses fiscales, qui n'étaient alors pas encadrées et pouvaient être votées librement par le Parlement. C'est d'ailleurs toujours le cas dans tout texte législatif sans qu'il n'y ait véritablement de compteur de la dépense qui soit mis en place. À partir de 2009, on a mis en place un principe de compensation qui voulait que toute nouvelle dépense fiscale soit compensée par la suppression d'une autre dépense. Mais ce dispositif s'est avéré très difficile à contrôler en exécution. Il n'y a pas de compteur fiable de la dépense nouvelle. Par ailleurs, il y a des problèmes de périmètre tout à fait redoutables notamment dans la modification des taux réduits de TVA : est-ce une mesure générale ou au contraire une dépense fiscale ? La réponse n'est pas toujours évidente. Face à la difficulté de l'exercice de suppression des dépenses, deux mesures générales ont été mises en œuvre en matière d'impôt sur le revenu, le président Fouquet les a évoquées à l'instant. La première, c'est le « rabot » de 10 % en 2011 et en 2012, qui n'avait d'homothétique que le nom puisque toute une série de mesures d'intérêt économique, social ou culturel y échappaient, notamment les dépenses en faveur de l'outre-mer. Deuxième outil, le durcissement du plafonnement global des dépenses fiscales a été ramené progressivement à 10 000 euros à compter de 2014. Mais là encore, de nombreux investissements y échappent (Sofica et outre-mer ont un plafond spécifique). Il s'agit donc de mesures de rendement budgétaire, sans réexamen des priorités en matière de dépense fiscale, ni de ciblage sur les mesures les moins efficaces.

Le deuxième volet de la réflexion que je voudrais partager avec vous concerne les risques juridiques élevés que présentent certains dispositifs qui se sont avérés à la sortie désincitatifs pour le contribuable ou l'investisseur.

II. Les risques juridiques élevés que présentent certains dispositifs se sont avérés désincitatifs pour le contribuable ou l'investisseur

A. L'instabilité chronique de la norme

La succession de réformes à un rythme très rapide en matière de fiscalité dérogatoire constitue un facteur de complexité évident. Trois illustrations peuvent être données de ce phénomène, en matière de politique en faveur de l'immobilier locatif neuf, de l'outre-mer et de la recherche.

La fiscalité dérogatoire dont bénéficient les investissements immobiliers destinés à des locations n'a cessé d'évoluer dans le temps, notamment s'agissant du parc neuf. À la réduction d'impôt dite « Quilès-Méhaignerie » de 1985 a succédé l'amortissement « Périssol » en 1996, puis l'amortissement « Besson », plus restrictif, en 1999, puis le dispositif « Robien » en 2003, lui-même suivi du « Scellier », très largement remanié au cours des dernières années afin d'en réduire le coût, puis supprimé au profit du « Duflot » en 2012. Les mesures fiscales en faveur de l'outre-mer appellent les mêmes observations. Les dispositions de la loi de finances rectificative du 11 juillet 1986, plus connues sous le nom de « loi Pons », ont été modifiées successivement par la loi de finances pour 1996 qui a introduit la règle dite de « tunnélisation des déficits BIC », qui a surpris de nombreux investisseurs, avant d'être supprimée par les dispositions de l'article 19 de la loi de finances pour 2001, connue sous le nom de loi « Paul », elles-mêmes remplacées à partir de 2002 par la loi « Girardin ».

Le troisième exemple d'instabilité de la norme concerne le crédit d'impôt-recherche, lequel a connu une forte augmentation à la suite de la réforme de 2008 et un nombre de bénéficiaires qui a doublé en dix ans, et qui se compose aujourd'hui très majoritairement de PME et même de TPE. Ce dispositif, dont l'efficacité ne fait plus trop débat, a connu depuis sa création en 1983 d'incessantes modifications portant sur son assiette, son taux, la période de référence ou le plafonnement de ses effets, qui en ont fait l'un des mécanismes les plus complexes à utiliser pour les entreprises, de sorte que beaucoup d'entreprises hésitent aujourd'hui à présenter des demandes au titre du crédit d'impôt-recherche.

B. L'insuffisante sécurité juridique qui entoure certains dispositifs

Qu'elles concernent les particuliers ou les entreprises, ces mesures incitatives comportent leur lot de risques juridiques. Deux exemples sont particulièrement parlants. Le régime des investissements en quirats de navires (art. 258 bis HA du code général des impôts) : avec le recul, on voit que de nombreux contribuables, de bonne foi mais avant tout soucieux de diminuer le montant de leur cotisation d'impôt, ont perdu des sommes très conséquentes en raison de projets d'investissements qui ne sont pas allés jusqu'à leur terme (navire non livré ou non exploité dans la zone initialement prévue par l'agrément fiscal, etc.). La jurisprudence du Conseil d'État statuant en matière fiscale garde malheureusement de nombreuses traces de ces déconvenues... Le crédit d'impôt-recherche mis en place, beaucoup de PME ont opté pour ce dispositif, sans toutefois mesurer les exigences de l'administration en matière de contrôle des dossiers et d'informations à fournir quant aux procédés mis en œuvre pour démontrer l'éligibilité des dépenses. Elles y ont finalement renoncé à la suite de redressements.

En conclusion, trois brèves observations. Des progrès évidents ont été faits dans l'analyse de l'efficacité de ces mécanismes depuis 10 ans. Il serait probablement dommage d'en rester là et de ne pas approfondir cette analyse, de continuer à explorer ce champ d'investigation. Mais la question qui se pose aujourd'hui dans un contexte de prélèvements obligatoires historiquement élevés est celle du devenir de ces mesures : assistera-t-on à leur disparition progressive dans le cadre du rétablissement de l'équilibre des comptes publics et au nom du principe d'égalité, ou est-ce au contraire un instrument d'action dont le politique – et le contribuable – ne pourront pas se passer, en ce qu'il permet de financer des investissements qui ne le seraient pas forcément sans ces dispositifs ? La troisième observation conduit à dire, quelle que soit la réponse apportée à la deuxième question, qu'il serait éminemment souhaitable de veiller à une plus grande stabilité des mécanismes incitatifs, tout en les réexaminant périodiquement afin de s'assurer de leur adéquation à l'objectif recherché.

Philippe Martin

*Président de la section des travaux publics du Conseil d'État,
Modérateur de la table ronde*

Merci beaucoup. Je propose de passer tout de suite au deuxième thème et nous verrons si, à la suite du deuxième ou du troisième thème, il nous reste quelques minutes pour échanger des questions.

2^{ème} séquence – L'incitation économique et la loi dans le domaine de l'énergie et de l'environnement

Benoît Delaunay

Professeur à l'université de Paris II (Panthéon-Assas)

Merci beaucoup. Je voudrais soulever trois points successivement : des remarques générales pour tracer ce que le vice-président a appelé le « tableau d'ensemble » ; puis quelques éléments très concrets en forme de typologie des incitations existantes mais, bien sûr, en simplifiant beaucoup ; enfin, la mise en œuvre de ces incitations et les différents principes juridiques qui encadrent cette mise en œuvre.

I. En prenant une vue générale de la question, plusieurs séries de remarques peuvent être faites

En premier lieu, on ne va pas quitter le terrain fiscal qui est le terrain premier et la matière première des incitations en matière énergétique et environnementale, même si ces incitations ne se réduisent pas seulement à la matière fiscale. On essaiera d'en donner quelques exemples.

Deuxième remarque d'ordre général : en matière environnementale et énergétique, l'incitation, notamment quand elle est fiscale, prend souvent en réalité un tour plus menaçant ou plus négatif. Plutôt que d'incitation, il est souvent question de dissuasion et, d'une certaine manière, d'alourdissement de la fiscalité. On verra qu'il y a cette dualité incitation et dissuasion qui est très bien traduite dans les dispositifs bonus-malus.

Troisième remarque : en s'efforçant de prendre un peu de recul sur ces différents mécanismes, la question de fond, notamment en matière fiscale, est de savoir si l'on part de la politique environnementale et énergétique pour aller vers la politique fiscale ou si l'on fait le chemin inverse. Si on part de la politique environnementale ou énergétique pour aller vers la politique fiscale, on va par exemple parler du verdissement de la fiscalité. Il s'agit d'attacher à des impositions bien établies (impôt sur le revenu ou les différentes taxes sur la consommation), dont la fonction d'alimenter les caisses publiques reste prioritairement budgétaire, une vertu incitative en récompensant, par exemple, des comportements vertueux ou, au contraire, une vertu plutôt dissuasive en alourdissant la charge fiscale pour les comportements jugés néfastes. Si on part du système fiscal pour aller vers la politique environnementale ou énergétique, le mécanisme relève alors de la fiscalisation de l'environnement, c'est-à-dire de la mise en œuvre d'impositions dont l'objet est spécifiquement environnemental. Souvent qualifiés d'écotaxes, ces impôts ont pour caractéristique d'être perçus à l'occasion d'une atteinte à l'environnement et s'appuient sur le principe général du « pollueur-payeur ». Autre remarque encore sur le terrain de la fiscalité, et on voit bien que cela découle de ce qui vient d'être indiqué : on peut mettre en place une fiscalité de comportement en cherchant à agir sur le comportement des opérateurs. La loi incitative essaye de faire adopter des nouveaux comportements et, de ce point de vue là, il y a un certain nombre de taxes comportementales que l'on voit aujourd'hui surgir.

Enfin, dernière remarque d'ordre général : il existe aussi à rebours des incitations, fiscales notamment, qui peuvent être dommageables à l'environnement mais qui s'appuient sur des justifications économiques, sociales ou géographiques. La question des avantages fiscaux préjudiciables à l'environnement a fait l'objet d'une étude très intéressante de l'OCDE publiée sous la forme d'un rapport en janvier 2013 qui consiste en un inventaire du soutien budgétaire et des dépenses fiscales en faveur des combustibles fossiles. Dans ce rapport, l'OCDE a identifié 550 mesures de soutien à la consommation ou à la production de combustibles fossiles dans 34 pays de l'OCDE – dont les deux tiers sont des dépenses fiscales. Il chiffre la valeur totale de ces dispositifs entre 55 et 90 milliards de dollars par an sur la période d'étude 2005-2011. Si l'on prend l'exemple spécifique de la France, le comité pour la fiscalité écologique a établi une liste des dépenses fiscales relatives aux énergies fossiles et à l'électricité qui s'élèvent à 5 milliards d'euros et vont du taux réduit des taxes intérieures sur la consommation pour les carburants utilisés par les taxis à la réduction d'un euro par hectolitre sur les supercarburants consommés en Corse.

Un certain nombre de pays revient sur les avantages fiscaux préjudiciables à l'environnement : tel est le cas de l'Autriche ou des Pays-Bas, qui suppriment par exemple des taux réduits ou des exemptions comme pour les carburants utilisés

dans l'agriculture. Les taxes environnementales peuvent avoir, et l'OCDE l'a montré aussi dans son rapport, un impact assez considérable. Par exemple, la réforme de la fiscalité écologique en Allemagne au début des années 2000 a contribué à réduire la consommation énergétique dans les transports de près de 10 %. En Irlande, une taxe de 0,15 euros sur les sacs plastiques a réduit leur utilisation de plus de 90 %.

II. En dressant un panorama plus précis de ces incitations, on répond à deux questions principales

La nature des incitations fiscales pose deux questions très concrètes.

D'abord, quels sont les secteurs concernés ? Les lois incitatives en matière environnementale et énergétique peuvent s'appliquer à trois grands domaines de l'énergie et de l'environnement. Le premier concerne la consommation de ressources. L'idée est de faire supporter au consommateur de la ressource une partie au moins du coût de la rareté, ce qui doit ainsi l'inciter à réduire sa consommation. À cette famille de taxes se rattachent les taxes intérieures de consommation sur les produits énergétiques (TICPE) et la taxe générale sur les activités polluantes (TGAP). Le deuxième domaine a trait au changement climatique. À ce jour, il n'y a qu'un système en France de malus perçu sur l'achat et la détention des véhicules les plus émetteurs de CO₂, qui rapporte environ un milliard d'euros par an. Un projet de contribution climat-énergie doit voir rapidement le jour. Le troisième domaine relatif à la pollution des sols, de l'eau, des mers, comporte des taux de taxation qui sont encore aujourd'hui très faibles.

Ensuite, quels sont les bons instruments ? Il existe des instruments qui ne sont pas exclusivement fiscaux et qui consistent principalement en des aides à l'investissement dans des énergies renouvelables. L'organisme qui joue un rôle important de ce point de vue est l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME) qui est un des principaux dispensateurs d'aides à l'investissement dans le domaine des énergies renouvelables et qui peut attribuer des subventions et consentir des avances remboursables aux personnes publiques et privées. Les collectivités territoriales y contribuent également. Ces subventions à l'investissement peuvent prendre, en amont, la forme d'aides à la prise de décision (conseils, études, diagnostics en matière d'énergie). On peut prendre l'exemple du fonds chaleur créé par la loi Grenelle I pour soutenir spécifiquement le développement des sources de chaleur renouvelables (biomasse agricole ou sylvicole, géothermie, etc.). La Caisse des dépôts et consignations joue également un rôle dans ces différentes subventions. Des prêts aidés comme les éco-prêts, adossés au livret de développement durable, ou les éco-prêts à taux zéro, ont tous deux le même objet de financement de travaux d'amélioration de la performance énergétique de l'habitat.

Sur le terrain proprement fiscal, plusieurs mécanismes peuvent être utilisés.

Dans le domaine environnemental et énergétique, le mécanisme le plus ancien est le crédit d'impôt, prévu par les premiers textes sur les économies d'énergie, et limité au départ aux dépenses de chauffage concernant l'habitation principale (loi de finances pour 1975 après le choc pétrolier). Son coût explique qu'on l'arrête à la fin des années 1980 ; cependant, on le réintroduit une dizaine d'années plus

tard, et il n'a cessé d'être étendu depuis lors. On doit rappeler que le crédit d'impôt constitue une créance sur l'administration, c'est-à-dire qu'il peut être remboursé par l'administration dans le cas où son montant dépasse celui de l'impôt brut. En termes de montant, le principal dispositif à l'œuvre à l'heure actuelle est le crédit d'impôt à destination des ménages qui effectuent des travaux d'amélioration de la performance énergétique de leur logement ou qui installent des équipements utilisant une source d'énergie renouvelable. Les taux différenciés d'impôt constituent un deuxième levier. Nous pouvons citer deux exemples : d'une part, le Gouvernement a annoncé que le taux de TVA sur les travaux d'isolation thermique serait abaissé à 5 %, alors qu'il était destiné, au 1er janvier 2013, à passer de 7 % à 10 % comme l'ensemble de la TVA sur les travaux ; d'autre part, la taxe générale sur les activités polluantes, qui se subdivise en une douzaine de taxes. Il existe notamment une taxe visant les préparations de lessives³⁴ qui peuvent être effectivement très polluantes et dont les différents taux sont censés encourager les industries à opter pour des formules faiblement phosphatées pour limiter les rejets dans les rivières. Il existe aussi des mécanismes de péréquation avec le système bonus-malus pour les achats d'automobiles ou des tarifs d'achat de l'électricité renouvelable financés par la contribution au service public de l'électricité, qui agissent à la fois comme des subventions et des taxes avec des natures juridiques peu évidentes à identifier. J'ajoute qu'à côté de la loi à proprement parler, il existe des mécanismes de droit souple par exemple les certificats verts ou les certificats blancs pour des utilisations industrielles faibles en consommation d'énergie. Ces certificats sont des preuves que l'électricité produite utilise une installation certifiée comme verte. Ces certifications ont été données en France à un marché privé, libre.

III. Une troisième série de remarques porte sur la mise en œuvre et les problèmes juridiques posés par cette mise en œuvre

Quelles sont les contraintes à la mise en œuvre des différentes lois en matière d'incitation aux économies d'énergie ou de lutte contre les dommages à l'environnement ?

Premier constat : au niveau de l'Union européenne, il faut savoir si les aides en question ne sont pas des aides d'État au sens des articles 107 et suivants du TFUE. Alors que la législation européenne du contrôle des aides d'État est assez contraignante, elle est plutôt assez favorable aux États sur le terrain de la protection de l'environnement. Les lignes directrices du 1^{er} avril 2008 concernant les aides d'État à la protection de l'environnement³⁵, qui ont vocation à s'appliquer jusqu'à la fin de l'année 2014, viennent bien montrer que des mesures d'aides d'État peuvent parfois constituer des outils extrêmement efficaces pour réaliser des objectifs d'intérêt général. Pour accroître le niveau de protection de l'environnement, ces aides peuvent créer des incitations au niveau individuel et atteindre ainsi un niveau de protection de l'environnement supérieur à celui requis par les normes de l'Union européenne. La méthode d'appréciation va être le critère de « mise en balance », qui n'est pas sans rappeler la théorie du bilan, entre d'une part, les effets

34. Article 266 *sexies* du code des douanes.

35. *JOUE* n° C 82 du 1^{er} avril 2008, p. 1.



positifs de la mesure d'aide pour atteindre un objectif d'intérêt commun et, d'autre part, ses effets potentiellement négatifs, tels qu'une distorsion des échanges et de la concurrence. La Commission raisonne en trois temps : la mesure d'aide vise-t-elle un objectif d'intérêt commun, en l'espèce la protection de l'environnement ? L'aide est-elle bien conçue pour atteindre l'objectif d'intérêt commun, c'est-à-dire permet-elle de remédier à la défaillance du marché ou d'atteindre un autre objectif ? Les distorsions de concurrence et l'effet sur les échanges sont-ils limités, de sorte que le bilan global est positif ? Les lignes directrices s'appliquent à toutes les mesures d'aides en faveur de la protection de l'environnement notifiées à la Commission ainsi qu'à celles qui n'ont pas été notifiées. La Commission a recensé une série de mesures pour lesquelles une aide d'État peut être compatible avec le TFUE. Je ne vais évidemment pas toutes les citer mais elle nomme, par exemple, les aides à l'adaptation anticipée aux futures normes de l'Union européenne. Autant sont interdites les aides destinées à aider les entreprises à respecter des normes communautaires déjà en vigueur parce qu'une telle aide n'augmenterait pas le niveau de protection de l'environnement, autant une aide d'État peut garantir une mise en œuvre sensiblement plus rapide de normes communautaires adoptées récemment mais qui ne sont pas encore en vigueur, et contribuer ainsi à diminuer la pollution. Ce peut être aussi des aides en faveur des économies d'énergie, à la gestion des déchets, à la relocalisation d'entreprises pour réimplanter les entreprises qui polluent le plus dans des zones où cette pollution porterait moins atteinte à l'environnement. Dans toutes ces hypothèses, il faut qu'il y ait un effet incitatif, c'est-à-dire que l'aide d'État à la protection de l'environnement amène le bénéficiaire à changer son comportement de sorte que le niveau de protection de l'environnement se trouve relevé. Il faut dès lors s'assurer que, sans l'aide, les entreprises n'entreprendraient pas, et c'est toujours difficile à mesurer, la même activité : c'est toute la question des effets d'aubaine. Il convient donc de démontrer l'effet incitatif. L'État membre doit prouver que sans l'aide, c'est-à-dire dans la situation contrefactuelle, l'alternative plus respectueuse de l'environnement n'aurait pas été retenue. Il doit donc fournir des informations démontrant que la situation contrefactuelle est crédible, que les coûts admissibles ont été calculés conformément à une méthodologie et que l'investissement n'aurait pas été suffisamment rentable sans aide.

Le deuxième élément d'encadrement juridique qui me paraît important, évoqué par Benoît Bohnert à l'instant, est la question de la stabilité de ces dispositifs. Même si le législateur a toujours le droit de défaire ce qu'il a fait précédemment, les opérateurs, en particulier lorsqu'il y a des mécanismes incitatifs, ont besoin de savoir si ces mécanismes vont perdurer et ne vont pas être changés d'une loi de finances à l'autre. Un arrêt du Conseil d'État du 9 mai 2012, *Société EPI*³⁶, a statué sur la théorie des « espérances légitimes ». Des contribuables bénéficiaient d'une mesure fiscale que la loi a prévue pour 3 ans puis a changé. Au nom de la théorie des « espérances légitimes », qui s'appuie sur l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit au respect des biens, on considère qu'il y a une espérance légitime à voir un mécanisme de crédit d'impôt en l'espèce perdurer parce qu'on s'était engagé en ce sens.

36. CE, Plén., 9 mai 2012, *Ministre du budget c/ Société EPI*, n° 308996.



Troisième remarque, la jurisprudence constitutionnelle sur le principe d'égalité s'est affinée au fil des années et peut être assez redoutable sur le terrain notamment des taxes comportementales. À cet égard, le Conseil constitutionnel a plusieurs fois censuré, sur le fondement du principe d'égalité devant l'impôt, des dispositifs fiscaux qui créaient des contributions ayant une finalité environnementale en raison de l'absence de rapport direct entre l'objectif environnemental du dispositif et des différences de traitement qui résulteraient de son application. Dans le même ordre d'idée, le droit de l'Union européenne impose par exemple qu'une taxe additionnelle ait, en cette matière, une finalité spécifique. Un objectif purement budgétaire ne pourrait pas constituer une finalité spécifique selon la CJUE. Il faut ici partir d'une question assez simple : pourquoi, à chaque fois que l'on a essayé de mettre en place ce type de dispositif, a-t-on juridiquement – si on laisse de côté l'aspect politique – échoué à mettre en place cette fiscalité environnementale ou énergétique ? À mon sens, l'interprétation du principe d'égalité a parfois été mal comprise ou anticipée. Deux exemples peuvent être donnés. D'une part, celui de la censure de la taxe carbone par la décision du Conseil constitutionnel du 29 décembre 2009³⁷. Le Conseil a relevé que l'application de cette taxe conduisait à exonérer les entreprises les plus consommatrices d'énergie fossile en dénaturant l'objectif de la loi au regard du poids total des exemptions. 93 % des émissions de dioxyde de carbone d'origine industrielle se trouvaient exonérées de la contribution carbone. C'est cela qu'a sanctionné à l'époque le Conseil constitutionnel. D'autre part et plus récemment, le bonus-malus en matière de consommation domestique d'énergie, issu de la proposition de loi « Brottes » d'avril 2013, a été censuré par la décision du Conseil constitutionnel du 11 avril 2013³⁸. L'article 2 de la loi instituait un « *bonus-malus sur les consommations énergétiques de réseau* » afin « *d'inciter les consommateurs domestiques à réduire leur consommation d'énergie de réseau* ». Le Conseil constitutionnel a estimé que cette analyse des caractéristiques propres aux énergies de réseau avait pu permettre au législateur de ne pas étendre le bonus-malus à d'autres énergies, telles que le fioul, le charbon ou le bois. En revanche, elle conduisait à ce que soit contraire au principe d'égalité devant les charges publiques l'exclusion des consommations professionnelles d'énergies de réseau, cette exclusion étant sans rapport avec l'objectif de maîtrise des coûts de production et de distribution de ces énergies. Le même raisonnement a été appliqué au sujet des immeubles collectifs d'habitation pourvus d'installations communes de chauffage. Ces dispositions n'assuraient pas que les conditions de répartition du bonus-malus soient en rapport avec l'objectif de responsabiliser chaque consommateur domestique au regard de sa consommation d'énergie de réseau.

On voit que se dégage une jurisprudence qui est double : il y a, d'une part, des impôts de comportement pour lesquels la voie est assez étroite et, d'autre part, des impôts plus classiques de rendement. Autant il est de plus en plus admis et compris qu'il existe aujourd'hui une légitimité à instaurer une taxation en matière environnementale et énergétique, autant les moyens juridiques pour y arriver, notamment du fait de l'appréciation du principe d'égalité, sont devenus assez étroits.

37. Cons. Const., décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009.

38. Cons. Const., décision n° 2013-666 DC du 11 avril 2013.



Philippe Martin

*Président de la section des travaux publics du Conseil d'État,
Modérateur de la table ronde*

Merci beaucoup. Nous avons quelques minutes pour faire le bilan de ces deux thèmes. Je tire de ces deux interventions l'idée d'un appel à la rigueur dans l'utilisation de la fiscalité classique pour bien identifier l'effet économique recherché et ne pas mélanger des effets de répartition de la charge fiscale finale ou des recherches d'arbitrages entre surimposition d'un côté et sous imposition de l'autre, et ce qui est une véritable incitation économique à l'investissement, à la consommation, à l'épargne. L'autre appel à la rigueur réside dans la fabrication des outils de la fiscalité énergétique ou environnementale consistant à bien identifier la difficulté de maniement de ces instruments au regard du principe d'égalité. Ceci est important à la fois pour la fiscalité énergétique ou environnementale pure mais aussi pour le mécanisme de bonus-malus qui repose sur un instrument qui, du côté malus, risque d'être qualifié juridiquement de prélèvement fiscal. On va donc retrouver dans le mécanisme de bonus-malus la difficulté de fabriquer le malus, de manière juridiquement impeccable pour résister au principe d'égalité. C'est donc un appel à la rigueur dans la fabrication de ces instruments.

Il y a deux questions que je souhaiterais poser aux intervenants. La première concerne les impôts dits « classiques », les impôts budgétaires. Y a-t-il, dans le panorama auquel vous vous êtes livrés, des avantages ou des inconvénients spécifiques des impôts sur les revenus – revenus des particuliers ou bénéfice des entreprises – et de la TVA ? S'agissant de la TVA, j'ai relevé un doute sur l'effet sur le prix à la consommation, qui est totalement incertain puisque les consommateurs raisonnent en prix TTC et qu'ainsi l'impact d'une baisse de taux risque de ne pas se sentir. D'autre part, si la baisse de TVA est conçue comme un mécanisme de transfert de marge vers l'opérateur, l'utilisation de la marge est libre, sauf à contractualiser. Donc est-ce que vous concluriez de vos examens que les impôts directs auraient une efficacité supérieure à l'utilisation de la TVA à des fins d'incitation économique ?

Benoît Bohnert

*Maître des requêtes au Conseil d'État, rapporteur public à la 8^{ème} sous-section de
la section du contentieux*

La TVA n'est pas forcément un instrument qui a une moindre efficacité que la fiscalité directe. Tout dépend de l'objectif que l'on poursuit. Pour reprendre mon exemple sur la vente des objets d'art, le taux à 5,5 % pour ce type d'opération profite de manière directe à l'objectif que l'on poursuit, c'est-à-dire aider ce secteur. Il n'y a pas d'ambiguïté. En revanche, l'instrument est beaucoup plus ambiguë lorsque la mesure poursuit plusieurs objectifs économiques différents avec, d'une part, une baisse de prix et, d'autre part, une affectation d'une partie du gain de marge à des actions que l'opérateur doit réaliser qu'elles soient contractualisées ou non. D'ailleurs la contractualisation, pour reprendre l'exemple de la restauration, montre bien que c'est un exercice vain car rien ne permet de s'assurer au départ que la



somme des volontés individuelles des opérateurs aboutira à l'objectif initialement poursuivi. Dans ce cas là, l'instrument de la TVA n'est pas suffisamment précis en termes d'outillage pour atteindre l'objectif que l'on escompte, étant précisé que la TVA ne fonctionne pas comme une « sales tax » aux États-Unis, c'est-à-dire que quand le taux de la taxe diminue, le consommateur final n'en voit pas directement les effets puisqu'il voit un prix qui est TTC.

Olivier Fouquet

Président de section (h) au Conseil d'État

La TVA est largement hors champs de notre sujet car, ce qui compte, c'est la variation en hausse ou en baisse du taux de la TVA. Quand vous ne faites pas varier les taux de la TVA, vous avez trois situations. Ce n'est pas parce que la TVA est à 5,5 % sur les médicaments que les gens consomment plus de médicaments. Ce n'est pas non plus parce que la TVA est de 7 % à 10 % sur les dépenses de déduction de travaux sur l'habitation principale que les gens en font plus ou moins. En revanche, quand vous faites varier le taux, et c'est l'exemple tout à fait caractéristique des restaurateurs, cela n'a aucun effet. Mais si vous faites revarier à la hausse le taux de la restauration pour le ramener au taux normal de 19,6 % et bientôt 20 %, cela aura un effet. Autrement dit, en matière de TVA, la variation à la baisse n'a souvent pas d'effet parce que ses conséquences sont captées au niveau intermédiaire, alors qu'au contraire, la variation à la hausse est intégralement reportée. Ce système ne fonctionne donc pas de façon symétrique. En outre, le champ des mesures de TVA est tel qu'il est assez difficile d'avoir un effet spécifique important sur la variation du taux. Si on remonte, comme l'avait dit le Gouvernement, le taux de la TVA sur la restauration, cela sera répercuté et aura un effet sur la consommation dans les restaurants. C'est la seule chose dont je suis sûr. Pour le reste, on n'est sûr de rien.

Philippe Martin

*Président de la section des travaux publics du Conseil d'État,
Modérateur de la table ronde*

Je ne suis pas sûr qu'il y ait un objectif d'incitation économique. Je crains que la remontée du taux soit plutôt budgétaire...

Olivier Fouquet

Président de section (h) au Conseil d'État

On peut inciter les gens à aller moins au restaurant pour un objectif de santé !

Philippe Martin

*Président de la section des travaux publics du Conseil d'État,
Modérateur de la table ronde*

Effectivement, de ce point de vue là, oui... Je donne la parole à l'intervenant du troisième thème.



3^{ème} séquence – L’incitation économique de la loi : la question des prix dans les relations entre fournisseurs, distributeurs et consommateurs

Martine Behar-Touchais

Professeur à l’université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Ce thème de l’incitation économique de la loi dans les relations industrie-commerce est très approprié pour honorer la mémoire de Marie-Dominique Hagelsteen. Elle fut en effet l’auteur d’un important rapport sur la libre négociabilité des tarifs des fournisseurs³⁹ commandé par Nicolas Sarkozy, alors Président de la République, et Christine Lagarde, alors ministre de l’économie. La lettre de mission indiquait expressément qu’il s’agissait de « *proposer un nouveau dispositif juridique [...] en vue de favoriser une plus grande concurrence par les prix* ».

Le rapport Hagelsteen fut d’ailleurs suivi de la loi de modernisation de l’économie (LME), qui avait manifestement pour but sur ce point d’influer sur les prix.

Mais l’ambition n’est-elle pas trop grande ? Le législateur ou les pouvoirs publics ont-ils vraiment un pouvoir sur les prix ?

La réponse est sans aucun doute positive, quand les prix sont fixés autoritairement, c’est-à-dire dans une économie administrée. Ainsi, l’ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 habilitait l’administration à intervenir à tout moment, par voie de simple arrêté, en matière de fixation de prix⁴⁰.

Mais, on le sait, l’ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, fondatrice de notre droit de la concurrence, a abrogé l’ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 et conféré à la liberté des prix une valeur de principe légal⁴¹.

39. M. Behar-Touchais, *Le séisme tranquille du rapport Hagelsteen* (à propos de la négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente), RLC 2008 T 2.

40. Cette intervention a pu revêtir, selon les gouvernements et les périodes économiques, différentes formes : blocage des prix au niveau atteint à une date déterminée ; taxation des prix selon une limite maximale ; fixation des marges en valeur absolue et relative ; encadrement des prix sur la base de conventions passées entre les pouvoirs publics et les organisations professionnelles (par exemple : engagements de lutte contre l’inflation et accords de régulation) ; liberté contrôlée ou surveillée des prix faisant obligation aux professionnels de déposer leurs tarifs auprès de l’administration avant toute hausse... ; ou enfin dans certains domaines restreints la liberté totale des prix. À la fin de la période, juste avant l’ordonnance du 1^{er} décembre 1986, la plupart des prix des produits et services étaient devenus libres, mais sur la base d’agrément ministériels, d’engagements ou d’accord avec le ministère. Cette liberté n’était qu’une faculté accordée par le ministère de l’économie, qui pouvait la remettre en question à tout moment.

41. Désormais, le principe est inversé. La liberté des prix est la règle, et les pouvoirs publics ne peuvent y déroger que dans des cas limités et selon une procédure d’intervention plus lourde. L’État se réserve le droit d’intervenir dans les secteurs ou zones caractérisés par une absence structurelle de concurrence (existence de monopoles ou entraves légales ou réglementaires) et, de manière conjoncturelle, en cas de hausses ou de baisses excessives de prix dues à des situations exceptionnelles ou manifestement anormales.



Dans ce nouveau contexte de liberté des prix, le législateur peut-il encore influencer sur les prix⁴² ?

Dans cette optique, l'incitation supposerait que le législateur mette en place un contexte favorable à la baisse ou à la hausse des prix sur laquelle il veut influencer.

Dans le domaine des rapports industrie-commerce, on peut partir du constat de la grande difficulté de légiférer et de la difficulté d'influer sur les prix.

Et pourtant le législateur n'est pas resté passif : celui qu'on a appelé longtemps le petit droit de la concurrence a été agité d'une frénésie législative. Avant 1986, c'était raisonnable. De l'ordonnance de 1945 à la loi de 1963 sur l'interdiction de la revente à perte, puis à la loi Royer de 1973 sur la protection du petit commerce, on est arrivé à l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, ce qui somme toute n'est pas excessif⁴³. Mais depuis 1986, le rythme s'est accéléré. Déjà sept lois importantes se sont succédées, de la loi Galland du 1^{er} juillet 1996, à la loi Raffarin du 5 juillet 1996, la loi NRE du 15 mai 2001, la loi PME du 2 août 2005⁴⁴ et la loi Chatel du 3 janvier 2008, on arrive à la LME du 4 août 2008 (sans compter la loi LMA), puis déjà au projet de réforme Hamon (qui veut introduire des sanctions administratives). Les lois se succèdent pour tenter de régler les difficultés. Elles créent des mécanismes exorbitants comme l'action du ministre à la place des fournisseurs qui n'agissent pas ; et pourtant, les faits continuent de résister au droit.

Forcément, devant tant de textes, on se demande si le législateur ne cède pas à la tentation de faire une loi nouvelle chaque fois que la loi précédente n'atteint pas son but. C'est dire qu'il y a lieu *a priori* d'être pessimiste sur l'efficacité de l'incitation législative sur le prix dans les rapports industrie-commerce.

C'est peut-être qu'en notre matière, on ne dispose pas du système le plus simple de motivation : à savoir le système de la carotte et du bâton. Si l'âne veut savourer la carotte, il avance, et s'il n'avance pas, il aura un coup de bâton. Système simpliste s'il en est (qui repose sur un réflexe conditionné), mais qui ne manque pas d'efficacité.

A priori, c'est plus facile en matière fiscale d'accorder des avantages (on parle d'ailleurs de la « carotte fiscale »). Mais, dans le domaine des rapports industrie-commerce, il est rare que le législateur distribue des faveurs. Celles-ci seraient sans doute anticoncurrentielles. Il a plutôt eu tendance à imposer des restrictions, à donner des coups de bâton, ce qui nous invite à examiner d'abord si les lois restrictives de liberté peuvent avoir un effet sur les prix.

42. Des exceptions sont toujours possibles : depuis 1986, de nouvelles exceptions ont vu le jour. Ainsi, la loi n° 87-588 du 30 juillet 1987, introduisant un nouvel article L. 162-38 dans le code de la sécurité sociale a rétabli le contrôle réglementaire des prix des médicaments et services médicaux remboursables.

43. En s'en tenant aux textes principaux.

44. Sur cette loi, voir « Le nouveau régime des relations industrie-commerce », *FNDE, Actualités de droit de l'entreprise* n° 24, Litec, 2006 ; et nos articles, Haro sur le seuil de revente à perte et sur certaines pratiques commerciales, *Revue Lamy de la Concurrence* n°1, novembre 2004/janvier 2005, p. 45 et s. ; « Grande distribution et concurrence » in « Pratiques dans la grande distribution : la réforme impossible », *Petites affiches* n° spécial 1^{er} juillet 2005 p. 11 et s.



Malgré tout, il est une faveur qui peut être octroyée dans notre domaine, sans causer (*a priori*) de distorsions de concurrence, c'est de rendre aux acteurs la liberté dont ils ont été privés par de nombreuses lois, au risque d'avoir à contrôler les abus.

C'est pourquoi, après avoir montré que les lois restrictives de liberté n'arrivent pas véritablement à influencer sur les prix (I), il faudra se demander si le législateur n'a pas plus de possibilités d'influer sur des prix par des lois instaurant plus de liberté (II).

I. L'influence décevante sur les prix des lois restreignant la liberté

En fait, on est obligé ici de faire d'abord un constat d'échec (A), puis d'essayer d'expliquer pourquoi ces lois n'ont pas eu de succès (B).

A. Constat d'échec de l'incitation législative restrictive dans le domaine des relations industrie-commerce

Ce constat d'échec s'impose tant pour les lois qui ont tenté d'empêcher les prix de baisser pour protéger le commerce de proximité, que pour celles qui ont voulu baisser les prix pour protéger le pouvoir d'achat du consommateur.

1. Effets pervers des lois de protection du commerce de proximité

On va prendre comme exemple l'échec des lois de protection du commerce de proximité, notamment les lois Galland et Raffarin de 1996.

La première du 1^{er} juillet 1996 avait voulu protéger le commerce de proximité contre la guerre des prix que se livraient les grands distributeurs. Pour ce faire, elle a donné une définition du seuil de revente à perte. Elle a précisé, en effet, que « *le prix d'achat effectif est le prix unitaire figurant sur la facture* » et que la facture doit désormais mentionner « (...) *toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de services et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de services, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture* ». Étaient désormais exclues de la facturation les réductions de prix différées (ristournes), subordonnées à l'atteinte par le distributeur d'un objectif de ventes, ainsi que les accords de coopération commerciale.

Cette clarification a permis de rendre effective l'interdiction de la revente à perte, qui avait été introduite dans la loi française dès la loi de finances du 2 juillet 1963 mais qui, jusqu'à la loi Galland, s'était révélée difficile à mettre en œuvre du fait de l'imprécision des règles de facturation et de l'absence de définition réelle de la notion de « prix d'achat ».

La loi Raffarin du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat a, quant à elle, voulu freiner le développement des grandes surfaces, en abaissant le seuil d'autorisation à 300 m².

Or, ces lois n'ont tout d'abord pas atteint les résultats attendus. En effet, la loi Raffarin notamment a provoqué la multiplication d'ouverture de *maxidiscount* en petits formats, qui sont venus concurrencer les petits commerces d'alimentation générale sur leur terrain, c'est-à-dire le terrain de la proximité.



Puis, elles ont eu avec d'autres facteurs, des effets pervers.

- Le premier effet pervers a été de déplacer la négociation vers l'arrière.

On le sait, la marge avant correspond à la différence entre le prix de vente au consommateur et le prix unitaire facturé par le fournisseur, appelé « prix net sur facture ». Elle comprend donc les remises figurant sur la facture, acquises à la date de la vente. La marge arrière est égale à la différence entre le prix net sur facture et le prix réellement payé par le distributeur, appelé « prix net net net », résultant des réductions de prix conditionnelles hors facture et des accords de coopération commerciale.

La définition par la loi Galland du seuil de revente à perte, conjuguée à l'interdiction de revendre à perte, a impliqué que les remises figurant sur la facture, constitutives de la marge avant, ont pu bénéficier, *in fine*, aux consommateurs, alors que les remises conditionnelles, par définition non acquises à la date de la vente et ne figurant donc pas sur la facture, sont constitutives d'une marge arrière et n'ont pu donner lieu à une baisse du prix de vente aux consommateurs.

Or, il a été constaté que la négociation commerciale s'est déplacée progressivement du prix unitaire facturé, constituant le seuil de revente à perte, vers les réductions de prix hors facture et les accords de coopération commerciale. Ce phénomène s'est traduit par un accroissement des marges arrière et une réduction simultanée des marges avant. Il semblerait que les marges arrière soient ainsi passées de 22 % en 1998 à 32 % en 2003.

- Le deuxième effet pervers a été d'augmenter les prix des produits de grande consommation.

Le législateur voulait certes les empêcher de baisser pour protéger le commerce de proximité, mais il ne voulait pas une telle augmentation. Or, l'UFC-Que-Choisir a fait état « *des relevés de prix dans plus de 1 100 hypermarchés et supermarchés* » et a affirmé qu'elle « *a constaté une augmentation moyenne de 8,2 % du prix d'un panier composé de 53 produits de grande consommation sur la période 2000-2002* ».

Il est apparu également que les prix avaient augmenté chez nous alors que ce n'était pas le cas dans le reste de l'Europe (en tout cas pas dans cet ordre de grandeur).

- Enfin, le troisième effet pervers des deux lois a été de provoquer un alignement des prix de la grande distribution.

En effet, les distributeurs ont obtenu en général le même prix net sur facture que leurs concurrents, de sorte que le seuil de revente à perte d'un produit a été le même pour tous les distributeurs, ce qui leur a permis de s'assurer en permanence qu'aucun de leurs concurrents ne pourrait vendre un produit donné en dessous du seuil de revente à perte, seuil commun à tous. Mais cette pratique a résulté aussi d'une demande des fournisseurs, qui évitaient ainsi de constantes demandes de renégociation à la baisse. En effet, si l'un des distributeurs vendait un produit à un niveau de prix inférieur au seuil de revente à perte s'appliquant à ses concurrents, le fournisseur de ce produit aurait vu aussitôt ses autres distributeurs vouloir renégocier leurs conditions en demandant un alignement sur le seuil de revente à perte du premier. Donc, finalement, si la loi admettait une certaine différenciation

de prix, l'intérêt de tous était de procéder au contraire à un alignement de prix pour les cinq centrales d'achat.

Mais si les lois voulant favoriser le commerce de proximité ont eu des effets pervers, celles voulant favoriser la baisse des prix pour le consommateur n'ont pas eu plus de succès.

2. Effets insuffisants des lois de protection du pouvoir d'achat du consommateur

Devant cet échec, le législateur a changé son fusil d'épaule et a tenté de favoriser l'augmentation du pouvoir d'achat des consommateurs, et donc une baisse des prix de la grande distribution. C'est pourquoi il est revenu, avec plusieurs lois à un seuil de revente à perte équivalent au 3 fois net, c'est-à-dire au prix économique. Concrètement, dans ce système, dès lors que le distributeur profite d'une réduction, même si elle n'était pas acquise au jour de la facture, parce qu'elle était conditionnelle, il pourra en faire profiter le consommateur, puisqu'il pourra diminuer son prix pour tenir compte de cette réduction.

Mais avant la LME existait encore une interdiction qui continuait à contraindre les opérateurs, à savoir l'interdiction de la discrimination entre les opérateurs.

Dans ce contexte, le passage au 3 fois net, s'il s'est accompagné d'une très nette diminution des pratiques de contournement de la loi ancienne (type « Coop morte », fausses contreparties pour justifier une discrimination), n'a pas fait baisser les prix de manière significative.

Il faut donc tenter d'expliquer cet échec des lois restrictives de liberté. Est-ce que cela veut dire qu'une loi restrictive ne peut jamais avoir d'effet incitatif sur les prix ? Ou est-ce que cela veut dire que ces lois étaient mal faites et que c'est pour cette raison que leur effet incitatif a échoué ?

B. Tentative d'explication

Quels ont donc été les obstacles à l'influence économique de la loi restrictive ? Il semble qu'il y ait des raisons qui tiennent à ces lois proprement dites (1) et d'autres, qui tiennent aux lois restrictives en tant que telles (2).

1. Explication liée à ces lois proprement dites

Les lois en question ont semble-t-il pêché de trois façons, qui à vrai dire sont liées.

- a. Des lois versatiles pour ne pas compromettre une pluralité d'objectifs contradictoires

La difficulté en notre domaine tient à ce que le législateur a trois objectifs en partie contradictoires :

- d'un côté, il veut éviter une guerre des prix entre enseignes de la grande distribution, qui nuirait gravement au commerce de proximité ;
- d'un autre côté, il veut éviter une hausse de prix, qui nuirait au consommateur ;
- et enfin, il veut qu'en cas de baisse des prix pour le consommateur, l'effort sur la marge soit supporté à égalité entre les fournisseurs et les grands distributeurs, de manière à préserver le tissu industriel de notre économie.



Selon les périodes, on favorise tel ou tel objectif, ce qui a pour conséquence une sorte d'« effet de yoyo ». Or, c'est beaucoup plus difficile d'influer sur l'économie, quand on ne sait pas trop dans quel sens on doit influer, et quand on change le sens du mouvement : quand on veut empêcher les prix de baisser, puis quand on veut qu'ils baissent, mais raisonnablement.

b. Des lois éphémères pour ne pas laisser perdurer une loi mal faite

C'est ce qui fait en outre que, dans notre domaine, on a eu, selon l'expression du président Canivet, des lois éphémères⁴⁵, des lois qui se sont succédé dans le temps très rapidement. Ce n'est pas toujours parce que la loi précédente était mal faite, mais c'était le cas parfois.

L'incitation voulue par le législateur ne peut en aucun cas aboutir quand le législateur ne donne pas à la loi le temps de faire son effet. L'effet d'une loi sur l'économie n'est pas automatique, il lui faut une certaine durée. L'instabilité nuit à l'efficacité.

c. Des lois ciblées pour ne pas bouleverser les équilibres économiques

Dans notre domaine, c'est aussi beaucoup plus difficile d'influer sur l'économie quand on veut influer à la marge car on ignore, quand on impulse un mouvement, si l'on va déclencher une petite vague ou un tsunami.

Plus on recherche une influence précise, limitée, mesurée, plus c'est difficile d'atteindre son objectif : rechercher une baisse de prix est par exemple plus facile que de rechercher une baisse de prix raisonnable⁴⁶.

L'influence économique de la loi est difficile à atteindre quand il s'agit d'influer sans bouleverser les équilibres économiques fragiles. C'est pourquoi, pour supprimer les marges arrière, le législateur a-t-il choisi de ne pas imposer en une fois le 3 fois net, mais de faire une loi de transition pour aller tout doucement vers le 3 fois net, en 2 ans. La loi PME du 2 août 2005 a prévu un transfert progressif des marges arrière dans le seuil de revente à perte au-delà de 20 % pour 2006, puis de 15 % pour 2007. Puis la loi Chatel du 3 janvier 2008 a supprimé ces pourcentages de parts minorantes, et le seuil de revente à perte est devenu un prix unitaire 3 fois net.

À ces raisons tenant à ces lois proprement dites, il faut ajouter des explications qui tiennent au caractère restrictif de la loi.

2. Explications tenant au caractère restrictif de la loi

La loi restrictive dans notre domaine a tendance à provoquer les stratégies de contournement des opérateurs.

On l'a vu avec le développement des marges arrière. Les opérateurs ont créé de la coopération commerciale, parfois fictive, des services, parfois sans contrepartie, de manière à obtenir dans les faits un prix plus bas que le prix sur facture. Si les

45. G. Canivet, L'histoire sans fin des lois éphémères, *in Mélanges en l'honneur d'Y. Serra*, Dalloz 2006, p. 69; Voir aussi M. Malaurie-Vignal, Une loi provisoire, une loi pour rien, CCC n° 2, février 2008, comm. 40.

46. Un peu comme la micro-chirurgie est plus délicate que la chirurgie tout court.



règles de facturation sont plus exigeantes, pourquoi ne pas délocaliser le centre de facturation hors de France pour tenter d'échapper à la loi ? Et quand le législateur a encadré davantage la coopération commerciale, les opérateurs se sont engouffrés dans une porte que le législateur avait laissée ouverte, celle des services distincts, avant de se tourner vers les NIP (les nouveaux instruments promotionnels). Le rapport Vautrin & Gaubert du 11 avril 2011⁴⁷ a d'ailleurs dénoncé l'excès des NIP, en très nette augmentation dans cette période de crise économique : « *les NIP renchérissent finalement les coûts pour le consommateur* » et « *les NIP ont aujourd'hui remplacé les marges arrière* ». Et le rapport de constater que le fournisseur n'est plus maître de ses offres promotionnelles, car « *lorsqu'un accord existe sur le montant que des partenaires commerciaux acceptent de dépenser en NIP, certains distributeurs obligent le fournisseur à prendre en charge le dépassement constaté si le montant initialement convenu venait à être dépassé. En revanche, si le montant reste en-deçà, le fournisseur peut se voir obligé à rembourser la différence constatée au distributeur* »⁴⁸.

Dans un domaine où les acteurs sont puissants, des prohibitions aussi pointilleuses que celles que l'on a eues en droit des pratiques restrictives ont appelé le contournement. Cela ne veut pas dire que toutes les tentatives de contournement marchent. Mais pour certaines cela ne fait pas de doute, et cela porte nécessairement atteinte à l'influence de la loi.

L'inefficacité de la loi restrictive a parfois été telle qu'à certains moments on a voulu s'en passer, et on a tenté d'aboutir d'une autre façon. Pour éviter les contournements, il fallait que la contrainte vienne des acteurs eux-mêmes. Ainsi, l'accord Sarkozy du 17 juin 2004 a essayé de provoquer une baisse de prix, en incitant les distributeurs et les fournisseurs à négocier une baisse de marge arrière. L'accord avait tout de même l'objectif de protéger les fournisseurs, dans la mesure où il était prévu de répartir équitablement entre le fournisseur et le grand distributeur la baisse de marge arrière résultant de l'accord. Il semblerait, à en croire certains opérateurs, que cette répartition ne se soit pas faite également et que les fournisseurs aient été désavantagés. En outre la baisse des prix suscitée par cet accord a été assez faible et des doutes ont été émis sur la qualification d'entente de cet accord. Le remède n'était pas meilleur que le mal.

On le voit déjà à la fin de cette première partie : l'influence de la loi ou des pouvoirs publics sur les prix dans les rapports industrie-commerce est très délicate. D'où l'idée, puisque le bâton n'a pas marché, d'essayer la seule carotte possible, à savoir plus de liberté, de façon à ce que la baisse des prix vienne des mécanismes d'un marché libéré. Est-ce plus efficace ?

47. Rapport Vautrin & Gaubert, *rapport d'information déposé en application de l'article 145-7 du Règlement par la commission des affaires économiques sur la mise en application de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie*, 11 avril 2011, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i3322.asp>.

48. Pour tenter de remédier à cela, le projet de loi Hamon oblige à intégrer les NIP dans la convention annuelle.



II. L'influence espérée sur les prix de la restauration de la liberté

Redonner leur liberté aux acteurs est une faveur que le législateur leur fait, à condition qu'ils l'utilisent bien. Il l'a déjà fait en partie, avec un succès très mitigé (A), mais il pourrait le faire plus encore pour que cela soit plus efficace (B).

A. La liberté déjà retrouvée

C'est ainsi que le législateur a libéré la négociation (1) et l'un des moyens de la concurrence, la publicité comparative sur les prix (2).

1. Liberté de la négociation

En 2008, Nicolas Sarkozy et Christine Lagarde ont demandé à Marie-Dominique Hagelsteen la rédaction d'un rapport sur la libre négociabilité des prix. Le choix politique de la libre négociabilité était déjà fait, et il s'agissait de « *proposer un nouveau dispositif juridique de nature à renforcer l'environnement concurrentiel des relations commerciales et à restaurer une pleine liberté de négociation des tarifs comme des conditions générales de vente en vue de favoriser une plus grande concurrence par les prix. Ce dispositif devra conserver intacte la possibilité d'une sanction réellement efficace des abus commis dans les relations commerciales, notamment en raison du déséquilibre des rapports de force en présence* ».

La mission était donc moins de dire s'il fallait aller vers la libre négociabilité que de poser les contours du principe de libre négociabilité, de manière à ce que le bouleversement provoqué par l'abandon de l'interdiction de la discrimination soit d'une amplitude raisonnable et contrôlée. C'est ce qu'a fait le rapport Hagelsteen en dédramatisant la réforme et en tentant d'équilibrer la liberté retrouvée, avec le contrôle des abus⁴⁹ de la libre négociabilité, notamment le contrôle du déséquilibre significatif. C'est ainsi que le secrétaire d'État Luc Chatel a expliqué, lors des débats parlementaires⁵⁰ que « (...) *la négociabilité n'est pas la loi de la jungle. Nous avons prévu des garde-fous pour cette disposition, qui s'inspire du rapport de Mme Marie-Dominique Hagelsteen, ancienne présidente du Conseil de la concurrence. Nous l'avons consultée à ce sujet et lui avons demandé de préparer un texte proposant plus de liberté dans la négociation, tout en assurant des garanties pour les fournisseurs. Voilà pourquoi (...) nous vous proposons de renforcer l'abus de puissance d'achat, de donner au juge la possibilité de rechercher les déséquilibres significatifs entre droits et obligations, de relever le plafond de l'amende civile, d'instaurer des astreintes et la publication des jugements, et de renforcer le rôle de la CEPC*⁵¹. La présence de ces garde-fous laisse à penser que ce texte est de nature à accroître la transparence du système ».

C'est ce qu'a fait la LME le 4 juillet 2008. Quel en est le résultat ?

Les fournisseurs se sont plaints d'être obligés de réduire leur marge de manière excessive, sous la pression des grands distributeurs. Il est difficile de l'affirmer sans

49. Le rapport a préconisé également de créer une nouvelle interdiction pour protéger la nouvelle liberté de négocier : l'interdiction de stipuler une clause permettant au distributeur de se voir appliquer les tarifs les plus favorables faits aux autres acheteurs du fournisseur. C'est la clause du client le plus favorisé.

50. Voir 2^{ème} séance du 12 juin 2008.

51. Commission d'examen des pratiques commerciales.



une étude économique fiable. Observons simplement que ce type de plainte a été très fréquent.

En revanche, la baisse du prix pour le consommateur n'a pas été tellement au rendez-vous.

Le rapport Vautrin & Gaubert, qui a conclu à une certaine efficacité de la LME, n'a rien dit sur la baisse des prix. Lors d'un rendez-vous de l'Autorité de la concurrence du 1^{er} décembre 2011 sur la grande distribution, Anne Perrot, alors vice-présidente de l'Autorité de la concurrence, a expliqué qu'il y a eu baisse de prix, mais que la multiplicité des facteurs ne permettait pas en l'état de l'attribuer à la libre négociabilité sans faire des études économique de causalité⁵².

À la vérité, si l'on s'en tient aux sources de l'INSEE, on s'aperçoit qu'il faut distinguer :

- En premier lieu, si l'on observe les prix, tous commerces confondus, ils ont baissé après 2008 avant de remonter puis de rebaisser un peu en 2013⁵³.
- Mais si l'on s'en tient, en second lieu, à la grande distribution seule, un autre graphique⁵⁴ concernant les produits de grande consommation montre plutôt pour le consommateur une hausse régulière, avec parfois de tous petits reculs, puis de nouveau une hausse. En prenant l'exemple de la courbe sur les viandes, l'indice de 100 en 1998 était de 124 en 2008 ; il est de 136 aujourd'hui en 2013. Les 4 catégories de produits formant cet indice ont tous continué d'augmenter.

La liberté de la négociation n'a pas vraiment saisi sa chance. Mais il faut avouer que la crise économique est venue perturber les effets de la LME. À cela s'est ajoutée une augmentation considérable du prix des matières premières dans certains domaines, qui a rendu très difficile les négociations commerciales ces dernières années⁵⁵.

Mais pour certains, la liberté semble trop difficile à atteindre quand il existe un « surperpuissant ». Peut-être est-ce toutefois parce que la liberté de négocier n'est pas suffisante ?

2. Libérer la publicité comparative sur les prix

Celui qui n'a pas entendu parler du site *quiestlemoinscher.com* n'a pas de téléviseur. Après avoir été initialement suspendu pour défaut de caractère vérifiable des paramètres de comparaison, le site a été validé par la Cour de cassation en 2010⁵⁶.

Depuis que la publicité comparative est permise, et depuis surtout que les premières décisions ont précisé son régime, les grands distributeurs ne manquent pas de tenter de montrer qu'ils sont moins chers, soit pour le panier de la ménagère (constitué d'un ensemble de produits déterminés), soit pour tel ou tel produit. Cela peut être un vrai *stimuli*.

52. Introduction : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/rdv.php?id_rub=404&id_article=1677.

53. Voir schéma n° 1, indices INSEE des prix des produits de grande consommation, Annexe 6.

54. Voir schéma n° 2, évolution des indices des prix des produits de grande consommation dans la grande distribution, Annexe 6.

55. Le projet de loi Hamon prévoit d'obliger d'insérer une clause de *hardship*, obligeant à la renégociation dans ce cas dans la convention annuelle : article L. 441-8 du code de commerce (rédaction 1^{ère} lecture Sénat).

56. Cass., Com., 19 janvier 2010, n° 08-19814.



Mais là encore, ces libertés admises par le législateur ne suffisent pas. Il en faudrait davantage pour inciter à une vraie baisse des prix. Il faudrait, comme l'avait dit Jacques Attali dans son rapport sur la libération de la croissance de 2008, libérer les forces du marché.

B. La liberté à conquérir

Deux types de lois restaurant la liberté pourraient avoir une efficacité sur les prix : une loi qui ferait sauter les barrières de l'urbanisme commercial (1), et une loi qui réduirait au strict nécessaire les monopoles (2).

1. Faire sauter les dernières barrières de l'urbanisme commercial

Les règles d'urbanisme commercial ont déjà beaucoup changé, en partie sous l'influence du droit européen. En effet, la Cour de justice a condamné, comme contraire à la liberté d'établissement, la soumission d'un équipement commercial à une autorisation préalable poursuivant des objectifs purement économiques⁵⁷. Dès lors, la LME a modifié les critères de délivrance des autorisations d'exploitation commerciale, définis à l'article L. 752-6 du code de commerce, qui n'est plus apparemment un texte de police de la concurrence⁵⁸, mais un texte de promotion de l'aménagement du territoire, du développement durable et de la protection des consommateurs. Pourtant, il y a encore à ce niveau trop de contraintes, et le Gouvernement actuel n'a pas envie de provoquer ici un choc de liberté.

a. Encore trop de contraintes

Les statistiques de la Commission nationale d'aménagement commercial (CNAC) montrent qu'il y a encore trop de projets refusés (30 % à 40 %), comme en témoigne le tableau pris dans une étude de M. Fresneau⁵⁹.

Le Conseil d'État a, certes, affirmé le principe selon lequel les projets doivent être autorisés et qu'il ne peut en être autrement qu'à la condition de démontrer que leurs effets, au regard des objectifs de la loi en matière d'aménagement du territoire et de développement durable, seront négatifs⁶⁰. Ainsi, les commissions ne peuvent plus rechercher si le projet répond à une demande non satisfaite ou est susceptible de provoquer l'écrasement du petit commerce. Elles doivent s'interroger sur la pertinence de sa localisation, son accessibilité, sa bonne insertion et son impact environnemental⁶¹.

57. V. J.-M. Talau, « Mise en perspective de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et des mutations de l'urbanisme commercial en France », *JCP A*, 2011, n° 30, 2277.

58. Pour autant, elle demeure *de facto* un outil de régulation économique. En effet, les requérants devant la CNAC et le Conseil d'État demeurent essentiellement motivés par la volonté de retarder, voire d'empêcher, la réalisation de projets susceptibles d'affecter leur propre activité. Le Conseil d'État continue d'ailleurs d'admettre l'intérêt à agir du concurrent, aussi bien devant la CNAC que devant le juge (CE, 24 octobre 2011, n° 336724, *Sté Janada*), même s'il a semblé, dernièrement, en conditionner la reconnaissance à son implantation dans les limites de la zone de chalandise (CE, 4 juillet 2012, n° 353314, *Sté Bridecar et a.*).

59. Voir schéma n° 3, décisions de la CNAC (2009-2013), Annexe 6, issu de J.A. Fresneau, « La législation de l'urbanisme commercial, Contribution critique à l'état des lieux », *Gazette du Palais*, 10 septembre 2013, n° 253, p. 7.

60. CE, 4 octobre 2010, n° 333413, *Syndicat commercial et artisanal de l'agglomération sénonaise et a.*

61. J.A. Fresneau, art. préc.

Mais cela ne suffit pas. En 2012 et 2013, 30 à 40 % des projets ont été refusés. Pourtant, la protection des consommateurs, visée par le texte, serait en faveur d'une autorisation plus large, de manière à ce que plusieurs enseignes dans une même zone de chalandise puissent se faire concurrence. Mais, le Conseil d'État a conféré à l'objectif de protection des consommateurs, qui n'est ni défini par la loi, ni assorti de critères d'évaluation, une importance moindre qu'aux deux autres⁶².

Malgré tout, on ne peut que constater que cette législation sur l'urbanisme commercial demeure une barrière à l'entrée. Et le plus grave c'est qu'il n'y a plus de volonté politique de diminuer en l'espèce la contrainte.

b. Pas de volonté politique de provoquer « un choc de liberté »

À l'époque, la LME devait constituer la première étape en vue de la suppression pure et simple des autorisations d'exploitation commerciale et des nouvelles commissions d'aménagement commercial.

Pourtant, il n'y a plus aujourd'hui de volonté de faire une réforme radicale en la matière. « *Annonçant, d'abord dans une réponse ministérielle puis dans le 'Plan d'action pour le commerce et les commerçants' de juin 2013, sa volonté de stabiliser les règles applicables en procédant à un simple toilettage de la loi, sans remettre en cause le régime d'autorisation spéciale, le Gouvernement actuel semble avoir renoncé à conduire une nouvelle réforme radicale de cette législation. Pour l'essentiel, l'article 58 du projet de loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (ALUR) déposé devant l'Assemblée nationale le 23 juin dernier, et les articles 20 à 24 du projet de loi relatif à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises présenté en Conseil des ministres le 21 août dernier, témoignent de cette volonté 'de conserver un cadre juridique stable et lisible' »⁶³.*

On peut même se demander si le projet de loi ALUR⁶⁴ n'implique pas un retour vers plus de contraintes⁶⁵ puisqu'il est envisagé :

- d'étendre le champ de l'autorisation d'exploitation commerciale à l'implantation des drives qui n'est soumise à aucune autorisation hormis le permis de construire ;
- d'instaurer une procédure d'auto-saisine de la CNAC pour les projets présentant une surface de vente supérieure à 30 000 m², le ministère regrettant que « *de nombreux projets particulièrement importants ne sont jamais examinés par la CNAC malgré leur envergure clairement interrégionale, voire nationale* ».

Donc, on va plutôt vers plus de contraintes à l'égard des nouvelles implantations commerciales.

62. J.A. Fresneau, art. préc.

63. J.A. Fresneau, art. préc.

64. Loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.

65. La tendance à accroître la contrainte pesant sur toutes les nouvelles implantations commerciales (et pas seulement les *drives*) ressort également du projet de loi ALUR, qui entend modifier l'article L. 111-6-1, alinéa 1^{er}, du code de l'urbanisme, en ramenant le *ratio* maximum, entre l'emprise au sol des surfaces affectées au stationnement annexe à un commerce soumis à autorisation d'exploitation commerciale, et la surface de plancher des bâtiments affectés au commerce, de 1,5 (actuellement) à 1, voire 0,75 pour les projets de plus de 5 000 m² de surface de plancher (Benoît Raimbert, « À propos du projet de loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové », *Gazette du Palais*, 10 septembre 2013, n° 253, p. 23).

Il n'est pas certain que les opérateurs commerciaux considèrent que l'établissement de nouvelles implantations ait été, en pratique, véritablement simplifié depuis l'entrée en vigueur de la LME. Il reste encore difficile pour les enseignes de s'implanter dans des zones de chalandise où existe déjà une autre enseigne.

2. Restreindre les monopoles au strict nécessaire

En dehors des relations industrie-commerce, on a eu l'exemple de l'ouverture à la concurrence du marché des communications téléphoniques qui a entraîné une baisse des prix, voulue par le législateur, même si le consommateur ne s'en est pas aperçu, parce que parallèlement il s'est mis à consommer beaucoup plus de services en ce domaine. L'arrivée récente de *Free* sur le marché a encore fait chuter les prix de manière assez spectaculaire, certains abonnements atteignant le prix mensuel de 2 euros.

L'ouverture d'un marché fait baisser les prix presque chaque fois, à l'exception semble-t-il de ce qui se passe pour le marché de l'électricité et du gaz. On peut donc penser à utiliser ce moyen dans d'autres domaines.

Restreindre les monopoles à ce qui est strictement nécessaire, c'est peut-être ce qui est en train de se passer dans le domaine de la pharmacie, et c'est un autre moyen pour le législateur d'influer sur les prix.

On est dans l'hypothèse d'un commerce de proximité qui est protégé de la grande distribution parce qu'il a le monopole de la vente des médicaments, et cela dans un but de protection de la santé publique.

On sait qu'il y a eu une évolution sur l'ouverture au commerce en ligne par les pharmacies des médicaments sans ordonnance. Mais il s'agit toujours (tout au moins *a priori*) de la vente par des pharmaciens.

Ce qui est peut-être le début d'un bouleversement bien plus grand, c'est que le Sénat a voté la liberté de vendre en grande surface (sans pharmacien) certains dispositifs médicaux tels que les tests de grossesse ou les tests d'ovulation. Cela pourrait faire chuter les prix, sur un marché qui serait de 37 millions d'euros si l'on en croit la grande presse. Certes, on peut discuter de la nécessité ou non du conseil pour ce genre de produits, surtout s'il est acheté par une jeune fille de 15 ans, mais côté diminution de prix, on peut augurer que cela sera efficace.

Et c'est sans doute le premier maillon vers une autorisation de la vente en grande surface des nettoyants pour lentilles, puis des médicaments sans ordonnance, ou peut-être d'une certaine catégorie de ces médicaments (ceux qui sont en libre service dans les pharmacies). L'UFC-Que-Choisir considère que cela provoquerait 269 millions d'euros d'économie pour les ménages. Le Gouvernement aujourd'hui rassure les pharmaciens, mais ce n'est peut-être que pour faire mieux passer la pilule plus tard.

Les pharmaciens rappellent qu'une telle réforme fragiliserait nombres des 22 000 officines qui ne pourraient plus rendre le service aujourd'hui assuré par les pharmacies (service de garde 24 heures sur 24, livraison à domicile des malades qui ne peuvent se déplacer).



C'est qu'en réalité, la question n'est pas ici de savoir si cela entraînera une baisse de prix, mais si la baisse de prix doit être recherchée « à tout prix », faisant courir un risque pour la santé publique qu'il faudrait encore mesurer scientifiquement, ainsi que pour les commerces de proximité que sont les pharmacies d'officine⁶⁶. Certains pays, qui autorisent la vente des médicaments non remboursés en grande surface, n'ont tout simplement plus beaucoup de pharmacies de proximité. La baisse des prix est-elle une fin en soi ou un moyen parmi d'autres du bien-être du consommateur ?

On le voit, en tout cas, entre la déception et l'espoir, l'incitation économique sur les prix n'est pas pour le législateur un long fleuve tranquille.

Philippe Martin

*Président de la section des travaux publics du Conseil d'État,
Modérateur de la table ronde*

Merci beaucoup. À ce stade, on s'aperçoit que le choix des objectifs est fondamental dans la définition de ces politiques publiques et dans l'usage de la loi. Ce que je trouve très intéressant dans la dernière intervention, c'est le scepticisme quant à la recherche d'une micro influence de la loi, laquelle est particulièrement difficile lorsque la loi cherche à atteindre des réglages extrêmement fins et, d'autre part, la difficulté à intervenir lorsque les objectifs poursuivis sont différents, voire contradictoires. Vous avez listé deux objectifs : la défense du petit commerce et la baisse des prix à la consommation. Je me demandais en vous écoutant s'il n'y avait pas un troisième objectif sous-jacent, qui serait la protection des fournisseurs. L'interdiction de la discrimination *per se* n'était-elle pas aussi destinée à protéger les fournisseurs à l'égard du pouvoir de négociation de la grande distribution ? Cela ferait trois objectifs : le petit commerce, le consommateur et le fournisseur face à la puissance des distributeurs. Lorsque l'on cherche à naviguer entre ces trois objectifs et en faisant de la micro gestion par la loi, on comprend que c'est un peu difficile et on comprend aussi pourquoi la fiscalité demeure attirante malgré tout. La fiscalité, en apparence c'est simple. On définit un objectif – à supposer qu'on le définit – et on essaie de trouver un instrument fiscal à peu près approprié. Je me demande s'il n'y a pas une différence de nature entre la fiscalité dont l'objectif affiché est relativement simple et ce débat d'utilisation de la loi pour régler des rapports subtils entre opérateurs économiques. À la fin de votre intervention, j'ai senti que l'objectif « consommateur » prenait un peu d'ampleur, que la protection du consommateur et la baisse des prix étaient au centre des modifications législatives. Étiez-vous en train de simplifier le débat en disant que si l'on met la baisse des prix et la protection du consommateur au centre des objectifs, cela ne simplifie pas tout ?

66. Voir la consultation publique lancée par l'ADLC intitulée « Comment dynamiser la concurrence dans le secteur de la distribution du médicament en ville ? ».



Martine Behar-Touchais

Professeur à l'université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

C'est vrai que si l'on veut atteindre les trois objectifs, on n'y arrive pas vraiment. Il faut qu'il y en ai quand même un qui prime tout en n'abandonnant pas les autres. C'est l'éternel débat et l'éternelle difficulté de cette matière des pratiques restrictives. Les objectifs sont contradictoires, on ne peut pas réussir à tous les concilier.

Philippe Martin

Président de la section des travaux publics du Conseil d'État,

Modérateur de la table ronde

Merci beaucoup. Il est temps de passer la parole à la deuxième table ronde. Je remercie très vivement tous les intervenants.





Seconde table ronde

Une régulation concurrentielle renouvelée

Cette seconde table ronde a pour objet d'illustrer le renouvellement de la régulation concurrentielle au travers d'exemples de communiqués de procédure de l'Autorité de la concurrence, de la mise en œuvre d'engagements et du nouveau rôle du juge dans cette matière.

Sommaire

Présentation des intervenants	p. 55
Introduction par Bruno Lasserre , <i>Conseiller d'État,</i> <i>Président de l'Autorité de la concurrence,</i> <i>Modérateur de la table ronde</i>	p. 57
1^{ère} séquence – Une illustration des effets bénéfiques de la <i>soft law</i> l'expérience de l'Autorité de la concurrence	p. 62
Christophe Lemaire , <i>Avocat associé au sein de l'équipe concurrence</i> <i>du cabinet Ashurst à Paris</i>	p. 62
2^{ème} séquence – Une régulation concurrentielle négociée : les engagements	p. 74
Laurence Idot , <i>Professeur à l'université de Paris II (Panthéon-Assas)</i>	p. 74
3^{ème} séquence – Le nouveau rôle du juge	p. 89
Hubert Legal , <i>Jurisconsulte du Conseil européen et du Conseil de l'Union européenne,</i> <i>directeur général du service juridique du Conseil</i>	p. 89





Présentation des intervenants

Modérateur

Bruno Lasserre

Conseiller d'État, président de l'Autorité de la concurrence

Bruno Lasserre exerce, depuis le 2 mars 2009, les fonctions de président de l'Autorité de la concurrence française. Ancien élève de l'École nationale d'administration, à l'issue de laquelle il est entré au Conseil d'État, en 1978, il détient aujourd'hui le grade de conseiller d'État. Après huit années passées au Conseil d'État, il a rejoint en 1986 le ministère des postes et télécommunications, au sein duquel il a exercé les fonctions de directeur de la réglementation générale, entre 1989 et 1993, puis de directeur général des postes et télécommunications, entre 1993 et 1997. Par la suite, il a été chargé par le ministre des affaires étrangères et par le ministre de l'industrie de conduire une mission internationale destinée à présenter l'autorité chargée de la régulation des télécommunications et à l'expliquer aux gouvernements et aux autorités de nombreux pays étrangers. Revenu au Conseil d'État en 1998, il a présidé pendant trois ans la 1^{ère} sous-section de la section du contentieux, avant d'occuper, de 2002 à 2004, les fonctions de président-adjoint de la section du contentieux. Parallèlement à ces fonctions, il a été membre du Conseil de la concurrence, de 1998 à 2004, avant d'en devenir le président le 28 juillet 2004, fonction qu'il a exercée jusqu'à sa nomination à la tête de l'Autorité de la concurrence en 2009. Il est l'auteur de plusieurs rapports commandés par le Premier ministre : *L'État et les technologies de l'information : vers une administration à accès pluriel*, La documentation Française, 2000 et *Pour une meilleure qualité de la réglementation*, La documentation Française, 2004. Il a également publié un ouvrage consacré à *La transparence administrative*, PUF, 1986, en collaboration avec M. Bernard Stirn et Mme Noëlle Lenoir. Il a été membre de la Commission pour la libération de la croissance française présidée par M. Jacques Attali, dont le rapport, *300 décisions pour changer la France*, a été remis au Président de la République et au Premier ministre le 23 janvier 2008.

Intervenants

Christophe Lemaire

Avocat associé au sein de l'équipe concurrence du cabinet Ashurst à Paris

Christophe Lemaire est spécialisé en droit de la concurrence (concentrations, aides d'État et régulation sectorielle). Il a été rapporteur permanent – chargé des affaires européennes au Conseil de la concurrence de 2003 à 2006. Il a travaillé antérieurement à la direction juridique du ministère des affaires étrangères, représentant notamment le Gouvernement français devant la Cour de justice, où il était en charge des affaires de concurrence et des secteurs de réseaux. Il est également maître de conférences à l'École de droit de la Sorbonne (université de Paris I) où il enseigne le droit de la concurrence français et européen ainsi que le droit de la régulation.

Laurence Idot

Professeur à l'université de Paris II (Panthéon-Assas)

Laurence Idot est agrégée des facultés de droit en droit privé (1982), docteur d'État en droit (1981) et diplômée de l'Institut d'études politiques de Paris (1975). Professeur à l'université de Paris II (Panthéon-Assas), rattachée au Collège européen de Paris, Laurence Idot enseigne le droit de la concurrence et co-dirige le Master « recherche droit de l'Union européenne ». Co-directrice de la revue *Europe* depuis sa création en 1991, elle assure également la présidence du comité scientifique de la revue *Concurrences*. Depuis sa thèse *Le contrôle des pratiques restrictives de concurrence dans les échanges internationaux*, ses publications portent essentiellement sur le droit de la concurrence et le droit de l'Union européenne. Auteur de plusieurs ouvrages, elle a consacré notamment de nombreux écrits à la modernisation du droit de la concurrence de l'Union européenne. Rapporteur général puis vice-présidente de l'Association française d'étude de la concurrence (AFEC), elle en est la présidente depuis avril 2008. Depuis mars 2009, Laurence Idot est membre du collège de l'Autorité de la concurrence.

Hubert Legal

Jurisconsulte du Conseil européen et du Conseil de l'Union européenne, directeur général du service juridique du Conseil

Ancien élève de l'École normale supérieure de Saint-Cloud et de l'École nationale d'administration, Hubert Legal est conseiller d'État. Membre du Conseil d'État depuis 1988, il y a exercé les fonctions de rapporteur et de commissaire du Gouvernement à la section du contentieux jusqu'en 1993. Il a également, pendant la même période, été chargé de mission auprès du directeur des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères. De 1993 à 1997, il a occupé le poste de conseiller juridique à la Représentation permanente de la France auprès de l'Organisation des Nations unies à New-York. À la Cour de justice des Communautés européennes à Luxembourg, il a successivement exercé les fonctions de référendaire (1997-2001), puis de juge au Tribunal de première instance (2001-2007) dont il a présidé une chambre de 2003 à 2007. Après un bref retour à Paris au Conseil d'État, il a été, d'avril 2008 à janvier 2011, directeur au service juridique du Conseil de l'Union européenne à Bruxelles, en charge du suivi des procédures législatives intéressant le marché intérieur. Depuis février 2011, il est juriste du Conseil européen et du Conseil de l'Union européenne, directeur général du service juridique du Conseil.



Introduction

Bruno Lasserre

*Conseiller d'État, président de l'Autorité de la concurrence,
Modérateur de la table ronde*

Cette seconde table ronde, dans la continuité de la première, illustrera la contribution de Marie-Dominique Hagelsteen au renouvellement de la régulation économique, et plus particulièrement de la régulation concurrentielle. Marie-Dominique a laissé une empreinte forte à l'issue de son mandat de membre, puis de présidente du Conseil de la concurrence, de 1998 à 2004. Revenue au Conseil d'État, elle est restée très présente dans la communauté de la concurrence. Avant de donner la parole aux trois intervenants, je dirai quelques mots sur la façon dont elle a participé à cette révolution, en trois mouvements.

Le premier mouvement est celui de la « modernisation de la politique de concurrence », qui est parti de Bruxelles pour irriguer les capitales nationales, y compris Paris. Le deuxième mouvement résulte d'initiatives parallèles, à Paris et à Bruxelles, qui ont transformé profondément les instruments du droit de la concurrence, en ouvrant largement la place aux procédures négociées. Le troisième mouvement tient à la place grandissante du juge, tant européen que national.

La modernisation tout d'abord. De quoi s'agit-il, derrière ce vocable banal ? D'une vraie révolution, dont Mario Monti, commissaire à la concurrence jusqu'en octobre 2004, a pris l'initiative, en coordination étroite avec les présidents d'autorités nationales de concurrence, parmi lesquels se trouvait Marie-Dominique Hagelsteen. La réflexion de Mario Monti est partie d'un constat : à l'époque, la direction générale de la concurrence, l'une des plus importantes de la Commission, rassemblait plusieurs centaines de fonctionnaires qui, pour l'essentiel, se consacraient à l'examen des notifications de projets d'accords entre entreprises. De même que le *Bundeskartellamt* allemand, les tâches de la Commission se rapprochaient en fait de la bureaucratie d'une économie administrée : avant de signer un contrat avec un distributeur, avant de coopérer avec un concurrent, les entreprises s'adressaient à elle pour obtenir un feu vert – une exemption –, un feu orange – une exemption sous conditions –, tout en redoutant un feu rouge. Les fonctionnaires européens, occupés par l'examen de ces notifications, ne s'intéressaient pas à ce qui n'était pas notifié, autrement dit les cartels secrets entre entreprises. Mario Monti, qui avait qualifié les cartels secrets de « cancer de l'économie », à l'époque où l'OCDE, de son côté, avait unanimement considéré que les cartels secrets étaient des pratiques « injustifiables », a compris qu'il fallait réorienter fondamentalement le sens de la politique de la concurrence. Il a fixé une nouvelle priorité, traquer les cartels secrets, mis en place l'instrument adéquat, le programme de clémence, qui a connu son essor à cette époque, et a supprimé la notification préalable des accords. Il revenait désormais aux entreprises d'évaluer elles-mêmes les risques attachés à leur stratégie et de prendre leurs décisions en toute connaissance de cause. Pour les aider à entrer dans cet âge adulte de la politique de concurrence,



la Commission a guidé les entreprises dans l'appréciation de ces risques, d'où le développement de ce fameux « droit souple », pour reprendre le titre du prochain rapport du Conseil d'État, cette *soft law*, constituée de lignes directrices et de communications, qu'évoquera Christophe Lemaire.

Marie-Dominique Hagelsteen, sans adhérer tout à fait à ce mouvement, a été très influente dans cette évolution qu'a connu, à l'époque, le Conseil de la concurrence. Elle a réceptionné le droit souple européen en forgeant la notion de « guide d'analyse utile ». Même dans le cas où le Conseil de la concurrence n'appliquait pas le droit européen, elle a volontairement choisi, non pas de s'aligner, mais de converger vers l'analyse substantielle européenne transcrite dans ce droit souple.

Un autre aspect de la « modernisation » du droit de la concurrence, auquel Marie-Dominique Hagelsteen a participé, porte sur l'essor de l'analyse économique. Les grands arrêts du Tribunal et de la Cour de justice – *Tetra Laval*⁶⁷, *Schneider Legrand*⁶⁸, *Honeywell General Electric*⁶⁹ – ont sonné comme un rappel à l'ordre vis-à-vis des décisions d'interdiction de la Commission. De cette mise en garde, les autorités de concurrence ont su faire un atout pour la politique de concurrence. Entre le milieu et la fin des années 2000, toutes les autorités, dont le Conseil de la concurrence en France, créent des services économiques. Les économistes sont désormais les garants d'une plus grande qualité et d'un meilleur équilibre des décisions ; ils jouent les avocats du diable, et aident les membres du collège à peser le pour et le contre, à trouver le chemin raisonnable entre, d'un côté, les restrictions à la concurrence et, de l'autre, les gains d'efficacité.

Par ailleurs, comme l'a relevé le vice-président Jean-Marc Sauvé dans son introduction, la modernisation du droit de la concurrence s'accompagne de la création du réseau des autorités de concurrence, une invention très audacieuse. La Commission, qui détenait en quelque sorte un monopole de l'application des règles européennes de concurrence, s'est muée en tête de pont, animatrice et garante de la cohérence d'un réseau décentralisé auquel prennent part toutes les capitales sous le contrôle des juges. Le principe de cette réforme, conçue par Mario Monti, a été longuement débattu avec les régulateurs nationaux. Marie-Dominique Hagelsteen, consciente que le mouvement à Bruxelles favorisait la réforme à Paris, a rejoint le camp des modernisateurs alors que le *Bundeskartellamt* avait davantage de réserves. Elle est devenue l'avocate de ces réformes bruxelloises avec la détermination que l'on sait, malgré un débat intense et animé. L'histoire lui a donné raison ; comme elle l'avait anticipé, ces réformes ont, en retour, profondément changé les pratiques à Paris.

Les autorités de concurrence nationales appliquent ainsi aujourd'hui le droit européen de la concurrence dès lors que les échanges entre États membres sont susceptibles d'être affectés de manière significative. Depuis la mise en place de ce réseau décentralisé il y a neuf ans, le 1^{er} mai 2004, l'autorité française est

67. CJCE, GC, 15 février 2005, *Commission c/ Tetra Laval*, C-12/03 P, Rec. I-00067 ; TPICE, 25 octobre 2002, *Tetra Laval c/ Sidel*, aff. T-5/02 et T-80/02, Rec. II-4381 et 451.

68. TPICE, 11 juillet 2007, *Schneider Electric SA c/ Commission des Communautés européennes*, T-351/03, Rec. II-02237.

69. TPICE, 14 décembre 2005, *General Electric Company c/ Commission des Communautés européennes*, T-210/01, Rec. II-05575.



devenue la plus active. Elle a pris quasiment autant de décisions fondées sur le droit européen que la Commission européenne elle-même⁷⁰.

Deuxième mouvement, dont Marie-Dominique Hagelsteen a, là encore, été une avocate convaincue : la transformation des instruments du droit de la concurrence.

Le droit de la concurrence est, à l'origine, un droit répressif, reposant sur l'autorité d'un gendarme dont l'instrument essentiel est la sanction ou l'injonction, c'est-à-dire une prescription unilatérale. Sous l'influence de l'Europe, mais également des pays anglo-saxons, qui avaient précédé la Commission européenne, apparaissent des outils complémentaires ou alternatifs à la sanction : la clémence, qui permet aux entreprises d'obtenir une immunité en contrepartie de leur contribution à la détection des infractions auxquelles elles ont participé, la transaction (en France, la non-contestation des griefs), qui aboutit à une réduction de la sanction en échange d'une coopération de l'entreprise qui accélère la procédure de décision et, enfin, les engagements, dont nous parlerons plus en détail ce matin. Il s'agit d'une technique originale de rétablissement de la concurrence par les mérites : l'autorité de concurrence clôt une affaire, sans qualifier les faits ni sanctionner, en constatant que des engagements proposés par une entreprise répondent aux préoccupations de concurrence qu'elle a énoncées, et en les rendant obligatoires. Cette technique des engagements fait prendre au droit de la concurrence une autre dimension, en empruntant aux techniques de la régulation économique. Elle illustre parfaitement l'intitulé de ce colloque auquel vous ont invités le Conseil d'État et l'Autorité de la concurrence : équilibrer, corriger, inciter, c'est-à-dire rétablir un équilibre qui a été malmené par des comportements constatés sur un marché, plutôt que punir, la sanction étant réservée aux ententes les plus graves telles que les cartels secrets. C'est à Marie-Dominique Hagelsteen que l'on doit l'introduction en droit français, par la loi NRE de 2001⁷¹ de la clémence et la non-contestation des griefs. Ayant rejoint le Conseil d'État en juillet 2004, elle aura posé les jalons de la nouvelle procédure d'engagements mise en place par une ordonnance de novembre 2004⁷².

Heureuse d'avoir engagé cette évolution fondamentale de la régulation concurrentielle, elle s'est néanmoins interrogée, avec raison, sur trois questions, sur lesquelles j'ai souvent échangé avec elle.

D'abord, le rôle respectif de la loi et de l'expérimentation. Faut-il expérimenter ces nouveaux outils et ensuite codifier les enseignements tirés de la pratique, ou faut-il prendre le risque de légiférer d'emblée, pour mieux les acclimater, quitte à revenir remettre l'ouvrage sur le métier ? Je conserve, à ce titre, un regret. En France, pour vaincre les réticences politiques et administratives – je me souviens en particulier de l'opposition de la Chancellerie à la clémence, qui pouvait rappeler, à certains égards, d'anciennes pratiques de dénonciation – il a fallu en passer par la loi. Le contraste est frappant avec les États-Unis, où la clémence a été instaurée par un

70. Commission européenne, site du réseau européen de la concurrence : <http://ec.europa.eu/competition/ecn/statistics.html>

71. Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JoRf* n° 113 du 16 mai 2001.

72. Ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 portant adaptation de certaines dispositions du code de commerce au droit communautaire de la concurrence, *JoRf* n° 258 du 5 novembre 2004.



simple communiqué de presse, et avec la Commission européenne, qui n'a adopté qu'une communication résultant de sa propre initiative. Pour ces raisons, nous avons peut-être agi trop tôt, en inscrivant dans le marbre de la loi une nouvelle procédure, avant qu'elle ne bénéficie d'une expérience permettant d'en mesurer pleinement les avantages, les inconvénients et les difficultés pratiques.

Ensuite, le caractère hybride de ces instruments négociés, et en particulier des engagements, que Laurence Idot développera. Relèvent-ils du droit de la concurrence ou de la régulation, par leur dimension incitative ? De quel droit à réparation bénéficient les victimes, lorsqu'une décision n'établit pas une qualification juridique des faits et, partant, une faute ?

Enfin, quel doit être le degré de contrôle du juge sur ces décisions inédites, dans lesquelles les étapes successives du raisonnement qui caractérisent une décision de sanction (détermination de la norme applicable, qualification des faits, conséquences de cette qualification – sanction ou injonction) s'effacent derrière un raisonnement beaucoup plus pragmatique (identification de problèmes de concurrence dans une évaluation préliminaire, propositions d'engagements et négociation entre l'entreprise et l'autorité de concurrence, décision de clôture du dossier, par laquelle les engagements deviennent contraignants) ? Il s'agit pour le juge de prendre position sur une forme très innovante de police administrative.

J'en viens naturellement au troisième mouvement, par lequel je voudrais terminer cette réflexion, c'est-à-dire la place grandissante du juge, européen ou national, dans la régulation concurrentielle. Je n'aborderai pas les questions de procédure et de droits fondamentaux : le juge, à Luxembourg ou à Paris – le Conseil d'État en matière de contrôle des concentrations et la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation en matière de pratiques anticoncurrentielles – a été l'initiateur d'évolutions majeures, que je ne rappellerai pas ici. J'aborderai plutôt les trois principaux changements que j'ai relevés sur le fond.

À Luxembourg comme à Paris, le juge s'est pleinement investi dans sa mission de contrôle et en a approfondi l'intensité. À Paris, le Conseil d'État se livre à un contrôle normal, y compris des appréciations économiques complexes, particulièrement fréquentes dans le domaine des concentrations. Il examine ainsi avec attention la contrôlabilité de l'opération, la définition des marchés, l'analyse concurrentielle ainsi que la proportionnalité et la pertinence des remèdes. La décision *Canal Plus* de décembre dernier⁷³ en est une parfaite illustration. À Luxembourg, le juge n'exerce qu'un contrôle restreint sur les appréciations économiques complexes⁷⁴ ;

73. CE, 21 décembre 2012, *Société groupe Canal plus et autres*, n° 362347, 363542, 363703 et n° 353856.

74. La CJUE contrôle le caractère suffisant de la motivation, l'exactitude matérielle des faits et l'absence de détournement de pouvoir et d'erreur manifeste d'appréciation (CJCE, 11 juillet 1985, C-42/84, *Remia e.a. c/ Commission*, Rec. 2545, pt. 34 ; 31 mars 1998, C-68/94, *France c/ Commission*, dit « *Kali+Salz* », Rec. I-1375, pts 38 et 223). Elle ne substitue pas son pouvoir d'appréciation économique à celui de la Commission européenne (TPICE, 3 avril 2003, T-342/00, *Petrolescence et SG2R*, Rec. II-1161, pt 113) et ne se prononce donc pas sur les appréciations économiques complexes, « *compte tenu de la marge d'appréciation que sous-tendent les normes de caractère économique faisant partie du régime des concentrations* » (CJCE, 31 mars 1998, C 68/94 et C 30/95, *France e.a./Commission*, dit « *Kali+Salz* », Rec. p. I-1375, pts 223 et 224 ; 15 février 2005, C 12/03 P, *Commission européenne c/Tetra-Laval*, Rec. p. I-987, pts 39 et 46).



son contrôle s'accroît néanmoins⁷⁵ et je suis certain que, dépassant cette réserve d'ailleurs plus apparente que réelle, il s'engagera avec le même soin dans le débat économique.

Une autre évolution, très sensible, est celle de l'exigence de cohérence dans un réseau décentralisé, qui doit inspirer aussi bien les autorités de concurrence que les juges. Le juge national est devenu le juge de droit commun de l'application des normes européennes mais il n'a pas encore développé, au-delà des renvois préjudiciels entre le juge national et le juge européen, des mécanismes de coordination et d'échanges plus horizontaux et directs, entre juges nationaux et autorités de concurrence, et entre juges nationaux eux-mêmes. La possibilité, encore très peu utilisée, offerte à la Commission européenne et aux autorités nationales de concurrence d'intervenir devant les juges nationaux sous la forme d'*amicus curiae* est-elle suffisante à elle seule pour la cohérence dans l'interprétation des règles européennes de concurrence, dont les juges nationaux sont devenus les premiers producteurs ? Un réseau de juges à l'image du réseau des autorités de concurrence a-t-il lieu de se développer davantage ?

Enfin, et c'est la dernière question, quel rôle le juge doit-il jouer dans la politique de concurrence ? En d'autres termes, maintenant que les autorités administratives ont le choix des moyens (sanctionner ou négocier, autrement dit toute une palette de solutions, qui vont aussi dépendre du bon vouloir des entreprises), quel sera le degré de contrôle du juge sur ce choix politique ? Le débat que permettra d'ouvrir l'intervention d'Hubert Legal nous éclairera sur ce point.

Je ne voulais pas terminer cette introduction sans redire tout ce que nous devons à Marie-Dominique Hagelsteen dans cette révolution de la régulation concurrentielle. Elle avait une vision toujours lucide et curieuse des choses, une fermeté paisible dans l'action et une vision engagée. Elle était toujours du côté de la réforme, avec l'intuition juste de ce qu'elle portait, même s'il n'était pas toujours possible, au moment décisif, d'en prévoir tous les développements futurs et les nouvelles interrogations qu'elle susciterait. Je me souviens que, pendant l'intense période de mutation du Conseil en Autorité de la concurrence, à laquelle elle croyait et s'était déclarée favorable, je lui ai souvent demandé conseil et nous avons longuement échangé. Parfois, je soupesais les différentes options, de la plus ambitieuse à la plus prudente, car je me demandais si cet effort – long et difficile, je peux le dire aujourd'hui – nous conduirait au résultat espéré. À chaque fois, Marie-Dominique Hagelsteen m'a soutenu : « *vas-y* », était sa réponse qui m'encourageait à saisir ma chance. Je ne voudrais pas oublier ce conseil alors que nous nous apprêtons à évoquer tous ces acquis. C'est un héritage considérable que nous devons à Marie-Dominique Hagelsteen, non seulement parce qu'elle a réfléchi, poussé à ces évolutions, mais aussi parce qu'elle nous dit encore, tous les jours, « *allez-y* ».

75. Le juge européen vérifie si l'interprétation des données économiques proposée par la Commission européenne repose sur des données factuelles complètes, exactes, fiables et cohérentes, et si cette interprétation suffit à appuyer de façon convaincante le raisonnement et les conclusions qui en sont retirées (arrêt *Tetra Laval* précité, points 27 et 39, CJCE, 10 juillet 2008, C-413/06 P, *Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala*, Rec. I 4951, point 69, Trib. UE, T-342/07, *Ryan Air/aer Lingus*, Rec. II-03457, point 30).

1^{ère} séquence – Une illustration des effets bénéfiques de la *soft law* : l'expérience de l'Autorité de la concurrence

Christophe Lemaire

*Avocat associé au sein de l'équipe concurrence
du cabinet Ashurst à Paris*

Je voudrais tout d'abord remercier le président Lasserre et les organisateurs de cette manifestation de m'avoir invité.

Je les remercie en particulier de m'associer à cet hommage rendu à Marie-Dominique Hagelsteen avec laquelle j'ai eu le privilège de travailler au sein de ce qui était à l'époque encore le Conseil de la concurrence.

Le thème que l'on m'a demandé de traiter ce matin a trait à la *soft law*, sous un angle *a priori* bien défini, puisqu'il s'agit d'illustrer ses effets bénéfiques. On voit ici l'expression d'un certain *soft power* de l'organisateur dans l'orientation du sujet. Mais soyez rassuré cette orientation ne me gêne pas car je crois effectivement que, sous certaines conditions, la *soft law* produit des effets bénéfiques – des gains d'efficacité diraient les concurrentialistes. Cela ne signifie bien entendu pas que l'usage de ces outils ne doit pas être encadré comme je le montrerai.

Il peut paraître *a priori* paradoxal d'associer Marie-Dominique Hagelsteen à un colloque sur l'usage de la régulation et en particulier de la *soft law* quand on sait que sous sa présidence aucun communiqué de procédure ou autres lignes directrices n'a été adopté. À cette époque, le Conseil concentrait son œuvre sur la consolidation de sa doctrine à travers sa production décisionnelle (du droit « dur » pourrait-on dire).

Et pourtant, quand on se retourne vers le passé et que l'on porte un regard sur les transformations de l'institution en charge de la concurrence, on découvre que Marie-Dominique Hagelsteen a – comme je le montrerai après – contribué à cette vision renouvelée de la régulation économique.

Mais avant d'étudier ces transformations, encore faut-il se mettre d'accord sur l'objet de notre étude. La *soft law* : de quoi s'agit-il ?

Le choix de la terminologie montre peut-être un certain malaise avec le concept que l'on cherche à appréhender. Comment le traduire en français ? L'expression de droit « mou » est régulièrement utilisée, par opposition au droit « dur ».

Droit « mou » a toutefois une consonance péjorative. Il faut dire que ce foisonnement de textes innomés a largement été critiqué, que ce soit par une partie de la doctrine, mais aussi par le Conseil d'État qui, examinant la dégradation de la qualité du droit, n'hésitait pas à parler il y a quelques années encore du développement d'un « *droit mou, un droit flou, un droit à l'état gazeux* ».



On en appelle souvent d'ailleurs aux fondateurs des grands textes français, concis et pérennes, comme le code civil. Portalis disait dans son discours préliminaire du projet de code civil de 1801 que la loi « *permet ou elle défend ; elle ordonne, elle établit, elle corrige, elle punit ou elle récompense* ». L'intitulé de cette journée nous montre le chemin parcouru puisque l'on s'interroge sur les évolutions de la régulation économique en faisant appel à des termes issus d'un autre registre puisqu'il s'agit de « corriger, équilibrer, orienter ».

À cette opposition droit dur/droit mou, nous opterons pour la notion de « droit souple », terminologie moins péjorative (mais non moins fidèle au concept anglais de *soft law*) et que retient d'ailleurs le Conseil d'État dans l'étude thématique qu'il s'apprête à publier sur ce sujet et que nous attendons avec grand intérêt.

Ce droit souple, comment le définir ? Il s'agit d'un ensemble de textes adoptés par des institutions – ici une autorité administrative indépendante – qui n'appartiennent à aucune catégorie juridique prédéfinie, qui n'ont pas tous les attributs de la règle de droit dans sa conception traditionnelle – notamment parce que leur non-respect ne peut entraîner la sanction pour les opérateurs – mais qui pour autant ne sont pas dénués d'effets, y compris juridiques.

Ces textes n'appartiennent pas à la catégorie du droit dur pas plus qu'à celle du non droit. Il s'agit d'une catégorie intermédiaire comme s'il existait une forme de granularité dans l'ensemble normatif. De même qu'il existe une hiérarchie des normes, il y aurait un degré de juridicité. Avec la *soft law*, c'est une forme de concurrence normative que l'on introduit...

Compte tenu du temps qui m'est imparti, je suis contraint de concentrer mon propos sur quelques grandes idées.

J'articulerai mon propos autour de deux constats (le premier portant sur la réception de la *soft law* en droit interne et le second sur les fonctions positives de la *soft law*) et de deux questions (celle de la valeur juridique de la *soft law* et celle de savoir s'il est ou non nécessaire d'encadrer ces outils).

I. Premier constat : la réception de la *soft law* en droit interne

Il n'est pas possible de revenir ici de manière générale sur l'origine et le développement du phénomène de *soft law* en droit de la concurrence.

On observera simplement qu'au niveau international, ce phénomène est très ancien et est quasi-concomitant à l'apparition du droit de la concurrence lui-même.

On trouve les premiers textes de *soft law* dès les années 1960 que ce soit au niveau communautaire ou au niveau d'enceintes internationales plus larges que sont l'OCDE ou la CNUCED.

Si l'on regarde à présent ce qui se passe dans les États membres de l'Union européenne, le développement réel de la *soft law* date lui des années 2000, même si son déploiement ne fut pas homogène (plus développé au Royaume-Uni ou aux Pays-Bas qu'en Espagne ou au Portugal).

Qu'en est-il en France ? L'usage de la *soft law* s'est fait progressivement et de manière relativement récente.



On considère traditionnellement que le premier texte de *soft law* est, pour la DGCCRF, la publication des lignes directrices sur le contrôle des concentrations en 2005 et, pour le Conseil de la concurrence, devenu Autorité de la concurrence, la publication de son premier communiqué de procédure dédié à la clémence en mars 2006.

Il nous semble toutefois que l'adoption de ce communiqué marque davantage une nouvelle étape de l'appropriation par le Conseil des outils de *soft law* que son origine proprement dite.

A. La réception de la soft law est probablement plus ancienne et remonte au début des années 2000, et la présidente Hagelsteen n'y est pas étrangère

Cette entrée dans l'ère de la *soft law* s'est manifestée de deux façons.

En premier lieu, le Conseil renouvelle ses outils de communication. L'éditorial de la présidente Hagelsteen dans le rapport annuel pour l'année 2000 marque un tournant dans le fonctionnement du Conseil de la concurrence. En effet, cet éditorial consacre le changement de présentation du rapport annuel. Cette évolution, qui pourrait paraître de pure forme, traduit en réalité la volonté du Conseil, et de sa présidente, de modifier ses rapports avec les opérateurs du marché.

Après une quinzaine d'années à forger sa doctrine par le biais essentiellement de décisions contentieuses, la présidente constate que « *le Conseil se [doit] de rendre compte de son activité dans des termes plus synthétiques, plus accessibles et plus concrets* ». Et de conclure « *une bonne communication fait aussi partie des missions d'une autorité de concurrence* ».

Le principal changement qui résulte de cette déclaration est l'introduction des études thématiques dans la première partie du rapport annuel du Conseil. Ces études permettent à l'Autorité non seulement de présenter une synthèse de sa jurisprudence, mais également de faire œuvre pédagogique en éclairant certains points de droit débattus ou en fixant sa doctrine sur certains sujets.

En second lieu, le Conseil s'approprie les outils de *soft law* européens.

Là encore, c'est sous la présidence de Marie-Dominique Hagelsteen que deux autres évolutions vont intervenir.

En premier lieu, le Conseil va progressivement s'approprier les lignes directrices et autres communications de la Commission.

Alors que le Conseil se référait déjà à ces textes quand le droit communautaire était applicable, il franchit une étape supplémentaire à partir des années 2000 en considérant que, même en l'absence d'applicabilité du droit communautaire, ces textes peuvent « *constituer un guide d'analyse utile* ». Cette approche, approuvée par la cour d'appel de Paris et qui demeure valable aujourd'hui, assure une plus grande cohérence entre le droit national et le droit communautaire et renforce la sécurité juridique des entreprises.



Quelques années plus tard, le Conseil franchira une étape supplémentaire au moment de l'adoption du règlement n° 1/2003⁷⁶. Comme cela ressort de son éditorial dans le rapport annuel pour l'année 2001, la présidente avait anticipé le fait que la modernisation du droit européen de la concurrence modifierait le rôle du Conseil. Elle a préparé l'institution en la modernisant et en créant de nouveaux services (apparition du rapporteur général adjoint et création des cellules juridiques et économiques) afin de renforcer son autonomie.

À cette époque, en 2003/2004, le Conseil, avec d'autres autorités nationales, a contribué à l'élaboration des textes de *soft law* communautaires comme ce fut le cas pour la communication relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence de 2004 (communication centrale pour le fonctionnement du réseau). Il co-présidera même quelques années plus tard le groupe de travail conduisant à l'adoption d'un programme modèle de clémence au niveau européen.

B. À cette première phase d'appropriation en succède une seconde, d'expansion de l'usage de la soft law

Le fait d'avoir reconnu qu'une bonne communication faisait aussi partie des missions d'une autorité de concurrence, d'avoir participé à de nombreux travaux au niveau européen et international et d'avoir confronté son expérience à celle de ses homologues européens, va faire entrer en 2006 le Conseil de la concurrence dans une nouvelle phase au regard de la *soft law*. L'appropriation est en quelque sorte dépassée et laisse place à l'imitation.

Cette nouvelle étape est également largement favorisée par la mise en œuvre progressive des procédures dites négociées, qu'elles aient été introduites par la loi NRE de 2001 (comme c'est le cas pour la clémence et la non-contestation des griefs) ou qu'elles résultent du règlement n° 1/2003 (comme c'est le cas de la procédure d'engagements).

En effet, le 11 mars 2006 le Conseil de la concurrence publie son premier « communiqué de procédure » relatif au programme de clémence français. Ce texte sera rapidement suivi d'un communiqué de procédure sur la procédure d'engagements (2008, révisé en 2009), d'un communiqué sur les sanctions (2011), d'un communiqué de procédure sur la procédure de non-contestation des griefs (2012) et d'un document cadre sur la conformité (2012).

L'ensemble des communications adoptées en matière de pratiques anticoncurrentielles concerne des questions de procédure. Cette situation est logique dès lors que les règles de fond nationales sont appliquées de manière uniformes avec celles européennes. En revanche, au plan procédural, le droit national conserve en principe son autonomie. Or, le succès des procédures négociées ne tenait pas seulement à leur introduction dans le code de commerce. Il supposait également que le Conseil, puis l'Autorité, s'en empare, élabore une politique propre à chaque procédure tout en les articulant entre elles, et expose aux opérateurs de manière transparente la façon dont il entendait en faire usage.

76. Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JOUE* L. 1 du 4 janvier 2003, p. 1.

Il n'y a qu'en matière de contrôle de concentrations que l'Autorité a adopté – à la suite de la DGCCRF – des lignes directrices qui visent tant les règles de fond que les règles de mise en œuvre (version initiale de 2009 révisée en 2013).

Au-delà de la publication de communiqués, une nouvelle étape a encore été franchie avec l'adoption de loi de modernisation de l'économie (LME) de 2008⁷⁷ qui confère à l'Autorité un pouvoir d'auto-saisine en matière d'avis lui permettant de prendre l'initiative de « *donner un avis sur toute question concernant la concurrence* »⁷⁸. L'Autorité s'est rapidement emparée de cet outil et a publié des avis importants. Comme nous le verrons, la portée de ce nouveau pouvoir est très large.

II. Second constat : les fonctions positives de la *soft law*

La *soft law* exerce en droit de la concurrence, comme dans bien d'autres domaines, plusieurs fonctions. Il me semble qu'elles peuvent être regroupées en trois ensembles.

A. Tout d'abord : une fonction de complémentarité avec le droit dur

Cette complémentarité s'explique et se justifie pour plusieurs raisons.

D'une part, la nature du droit de la concurrence qui en tant que droit économique renvoie à des concepts que l'on pourrait qualifier de « flous » et qui nécessitent d'être précisés (on pense par exemple aux notions de restrictions de concurrence, de gains d'efficacité, de dominance ou aux tests applicables en matière d'abus). D'autre part, les opérateurs ont d'autant plus besoin d'éclairage et de confort qu'avec la modernisation du droit de la concurrence, ceux-ci doivent effectuer eux-mêmes l'auto-évaluation de leurs comportements. D'autre part encore, les règles de procédure se sont largement complexifiées, en grande partie depuis l'apparition des procédures dites négociées (clémence, engagements, transaction). Enfin, l'inflation des sanctions fait du risque concurrence le risque financier numéro un pour les entreprises.

Cette complémentarité peut prendre différentes formes.

Elle peut tout d'abord constituer une simple présentation des textes de droit dur ou une compilation des principes issus de la pratique décisionnelle ou de la jurisprudence. Ces textes sont finalement assez rares. On peut toutefois signaler le communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements.

La complémentarité va toutefois le plus souvent bien au-delà de cet effort de synthèse. Les outils de *soft law* interprètent alors le droit dur et lui confèrent une substance plus précise. Ils peuvent aussi aller encore un peu plus loin et compléter, voire remplacer, le droit dur.

Les illustrations ne manquent pas. Je ne ferai que mentionner un ou deux exemples.

D'abord la clémence. L'expérience américaine et européenne enseigne que pour qu'un programme de clémence fonctionne il faut, d'une part, des règles du jeu claires et connues à l'avance par les entreprises et, d'autre part, une certaine

77. Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JoRf* n° 181 du 5 août 2008.

78. Article L. 462-4 du code de commerce.



automaticité d'immunité pour le premier demandeur. Ce ne sont certainement pas les quelques lignes de l'article L. 464-2 IV du code de commerce qui offrent cette sécurité. Il était donc indispensable que le droit dur soit complété par un communiqué précisant le fonctionnement de la procédure de clémence, pour que son application soit prévisible et partant effective.

Ensuite, en matière de contrôle des concentrations, l'Autorité de la concurrence a mis en place depuis janvier 2011 une procédure dite « simplifiée », inconnue du code de commerce, offrant, par une approche pragmatique, un traitement simplifié pour les opérations ne posant pas de problème de concurrence.

B. La soft law remplit encore une deuxième fonction : celle de coordination internationale

La multiplication des autorités de concurrence dans le monde (l'*International Competition Network* (ICN) regroupe à elle seule 127 autorités dans le monde) et des droits applicables rend nécessaire une forme de coordination voire de convergence entre les systèmes juridiques.

La *soft law* joue d'abord un rôle d'accélérateur de la convergence (*soft*) des droits.

Les autorités – y compris françaises – se retrouvent depuis longtemps au sein d'organisation internationale, comme l'OCDE, ou – depuis le début des années 2000 – au sein des réseaux d'autorités qui se développent. Tel est le cas de l'ICN créé en 2001 au niveau international, de l'ECA (*European Competition Authorities* créé aussi en 2001) et de l'ECN (*European Competition Network* créé en 2004) en Europe.

L'instrument privilégié d'intervention de ces réseaux est précisément la *soft law*. Ces textes, repris au niveau national, contribuent à la convergence progressive des droits en Europe et à travers le monde.

De nombreux exemples montrent que – sans recours au droit dur – les droits nationaux, y compris français, convergent. L'Autorité suit ainsi les principes fixés par la Commission en matière de concentrations, elle s'inspire des « *principes de convergence* » publiés par l'ECA en matière de sanction et a aligné son programme de clémence sur le programme modèle publié en 2006 par l'ECN.

La *soft law* est donc été utilisée pour accélérer la convergence des droits. La *soft law* joue ensuite le rôle de facilitateur de la coordination des interventions des autorités. Là encore les recommandations publiées par l'OCDE s'intéressent de longue date à ces questions. Mais le phénomène s'est là encore accéléré avec le développement des réseaux d'autorités, que ce soit l'ICN, l'ECA ou l'ECN.

Le recours à la *soft law* se généralise pour coordonner les interventions et organiser la coopération entre autorités.

Par exemple, en Europe, la décentralisation du droit de la concurrence a obligé les autorités, disposant de compétences parallèles, à articuler leurs interventions non par le biais d'un instrument de droit dur mais par l'adoption d'une communication de la Commission, communication particulière puisque les autorités nationales (y compris l'Autorité de la concurrence), membres du réseau, se sont engagées à en respecter le contenu en signant une déclaration.

C. On observera enfin que, à côté de ces deux fonctions traditionnelles, une troisième fonction de nature plus politique émerge

Le phénomène n'est pas complètement nouveau, on le connaît dans le domaine des aides d'État. Ce qui l'est davantage, c'est son extension au droit *antitrust*.

Je ne donnerai qu'un seul exemple s'agissant de l'Autorité de la concurrence : celui des nouvelles compétences de l'Autorité issues de la LME en matière d'avis. En effet, la possibilité conférée à l'Autorité de se saisir d'office pour avis l'a fait passer d'une posture plutôt « passive », c'est-à-dire répondant aux questions que lui soumettaient les pouvoirs publics, à une posture beaucoup plus « active », où elle peut décider – seule – de mettre dans le débat public des thèmes qu'elle juge importants. Comme en témoigne les sujets choisis depuis 2009, l'Autorité essaye soit de se positionner sur des débats publics émergents et d'influencer à cette occasion les décideurs publics dans leurs choix, soit de lancer et d'animer la réflexion sur des sujets, non traités par les pouvoirs publics.

Indiscutablement, au-delà de compléter la règle de droit, la *soft law* acquiert une dimension beaucoup plus politique.

Ces constats opérés, je souhaiterais à présent examiner deux questions que suscite la *soft law*.

III. Première question : la *soft law* a-t-elle une valeur juridique ?

L'examen de la portée de la *soft law* peut s'opérer de différents points de vue : celui des autorités d'abord et celui du juge ensuite (si l'on voulait être exhaustif, il faudrait aussi s'intéresser au point de vue des opérateurs, ce que nous ne développerons pas ici faute de temps).

A. La *soft law* et l'Autorité de la concurrence

L'examen de la portée de la *soft law* devant l'Autorité de la concurrence nécessite de distinguer deux catégories de textes : ceux qui lui sont juridiquement opposables et ceux qui, en principe, ne le sont pas.

S'agissant des textes opposables à l'Autorité de la concurrence, si l'Autorité ne dispose pas d'un pouvoir réglementaire, il ne lui est pour autant pas interdit d'adopter des actes ayant une certaine portée juridique, actes connus en droit administratif sous le nom de « directives », au sens de la jurisprudence *Crédit Foncier de France* de 1970. L'Autorité le reconnaît d'ailleurs expressément dans certains de ses communiqués⁷⁹.

Ces directives permettent à l'Autorité de préciser les conditions dans lesquelles elle entend appliquer telle disposition législative ou réglementaire. Elle encadre ainsi son pouvoir d'appréciation en édictant des règles qui lui sont opposables et en accroît la prévisibilité pour les opérateurs.

La possibilité d'adopter de telles directives n'est toutefois pas sans limite, qui sont principalement de deux ordres. D'une part, ces directives ne doivent pas appliquer

79. C'est le cas du communiqué sur les sanctions, point 14 et des lignes directrices sur les concentrations, point 14.



de conditions nouvelles par rapport à celles qui fixe la loi (condition qui n'est simple qu'en apparence). D'autre part, l'Autorité doit toujours conserver la faculté de déroger aux principes édictés par la directive, soit en raison de la situation particulière de l'administré, soit pour des motifs d'intérêt général.

Qu'en est-il des autres textes ?

Les autres textes – qu'il s'agisse des communications de la Commission, des études thématiques publiées dans les rapports annuels ou des avis – n'ont en principe aucune valeur juridique contraignante. Et pourtant, leur usage par l'Autorité leur confère une portée certaine en pratique.

En témoignent les débats récents sur la portée de la communication *de minimis* de la Commission dans l'affaire *Expedia*⁸⁰. L'avocat général Kokott avait d'ailleurs suggéré à la Cour, compte tenu des évolutions du droit de la concurrence, de dépasser sa jurisprudence en proposant que les autorités soient tenues de prendre en considération les communications de la Commission et de fournir des motifs susceptibles d'être vérifiés par les tribunaux, dès lors qu'elles décideraient de s'en écarter.

En témoignent également les références nombreuses dans les décisions de l'Autorité à ses propres études thématiques et à ses propres avis.

L'utilisation ou la référence répétée à ces textes pour motiver une décision de droit dur, sous la plume de celui qui détient par ailleurs l'autorité d'ouvrir des procédures et de sanctionner des comportements, confère aux normes en question une valeur proche de celle du droit dur que les acteurs économiques peuvent ressentir comme étant obligatoires.

B. Voyons à présent comment est reçue la soft law par le juge quand il agit en tant que contrôleur du régulateur

La première question qui se pose en matière de contrôle du régulateur est celle de savoir s'il est possible de contester l'adoption de textes de *soft law* devant le juge national.

La question est particulièrement d'actualité puisque le Conseil d'État a rendu récemment trois arrêts dans le cadre de recours dirigés contre des avis de l'Autorité, dont deux contre des avis rendus sur le fondement de l'article L. 462-4 du code de commerce tel qu'issu de la LME⁸¹.

La première question que le Conseil d'État devait trancher était celle de la recevabilité de ces recours. Les avis de l'Autorité peuvent-ils être contestés devant le juge ? La réponse n'est pas définitivement non, mais la voie ouverte est étroite. Le Conseil d'État a en effet jugé « *que les prises de position et recommandations qu'elle formule à cette occasion ne constituent pas des décisions faisant grief ; qu'il en irait toutefois différemment si elles revêtaient le caractère de dispositions*

80. V. les conclusions de Mme J. Kokott, 6 septembre 2012, C-226/11.

81. CE, 11 octobre 2012, *Société ITM entreprise et autres*, n° 346378 et *Société Casino Guichard-Perrachon*, n° 357193 et CE, 17 juillet 2013, *Comité des constructeurs français d'automobiles et autres*, n° 360100 et 364354.

générales et impératives ou de prescriptions individuelles dont l'Autorité pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance »⁸².

Le Conseil d'État adopte donc une interprétation large des dispositions de l'article L. 462-4 du code de commerce, laissant à l'Autorité une importante marge de manœuvre et d'intervention.

Les critères posés par le Conseil d'État sont-ils justifiés et adaptés aux avis considérés ? Ne sont-ils pas trop stricts ? Il est en effet assez facile pour l'Autorité de donner l'apparence de non-impérativité de son avis. Il lui suffira de rappeler que, dans le cadre consultatif, elle ne peut qualifier les pratiques ou imposer des mesures contraignantes aux opérateurs pour faire échec à toute tentative de recours.

Pourtant, après cette précaution d'usage, l'Autorité n'hésite pas à formuler des recommandations strictes (allant par exemple jusqu'à demander la suppression ou la modification de clauses contractuelles, dans son avis sur la distribution alimentaire⁸³). Ces recommandations sont parfois suivies d'une forme de mise en garde qui sonne presque comme une menace. Dans le même avis, l'Autorité a considéré que « *la mise en œuvre de ces recommandations est dans les mains des opérateurs économiques concernés, notamment des groupes de distribution, qui ont le pouvoir de modifier leurs contrats dans le sens préconisé par le présent avis, sur l'application duquel l'Autorité de la concurrence exercera sa vigilance* »⁸⁴.

Ces recommandations et cette mise en garde n'ont pas été considérées comme impératives par ce dernier. Et pourtant nul doute qu'en pratique elles produisent des effets similaires à ceux d'un règlement. Après une telle formulation, les opérateurs du marché, qui peuvent ne pas partager les conclusions de l'avis de l'Autorité, mais qui ne peuvent les contester, ont-ils vraiment le choix de se comporter de manière différente ? Si le choix existe en théorie, le risque qui y est associé est grand. L'Autorité « *exercera sa vigilance* » selon ses propres termes. Il sera certes toujours possible d'attendre que ce droit souple se transforme en droit dur lors d'un contentieux ultérieur pour en contester le bien-fondé, mais l'avis aura déjà produit ses effets et le débat pourrait avoir lieu trop tard.

Nous verrons dans un instant qu'un des moyens d'améliorer cette situation réside dans le contradictoire qui devrait entourer l'élaboration de ces avis.

Au-delà de la contestation des actes de *soft law* au moment de leur adoption, la seconde question qui se pose est celle de leur réception par le juge quand il contrôle le régulateur appliquant ces règles de *soft law*.

La jurisprudence interne dans ce contexte est, contrairement à la jurisprudence européenne, très pauvre pour le moment.

Sauf erreur, le Conseil d'État, en matière de contrôle des concentrations, ne fait nullement référence aux lignes directrices applicables en la matière.

82. CE, 11 octobre 2012, *Société ITM entreprise et autres*, n° 346378, précité.

83. Avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 *relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire*.

84. Point 236 de l'avis précité.



La pratique de la cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation n'est guère plus riche en matière de pratiques anticoncurrentielles pour le moment, même si les premières positions sur le communiqué sanction ne devraient plus tarder.

C. Voyons enfin quelle peut être la portée de la soft law auprès du juge de droit commun

Mesurer l'ampleur exacte de ce phénomène est très délicat car nous ne disposons pas d'une base complète recensant l'ensemble des jugements ou arrêts pertinents. Néanmoins, il nous semble que deux tendances se dégagent.

La première est l'utilisation par le juge des communications de la Commission pour guider son analyse au fond, en particulier en matière de restrictions verticales. Cette approche garantit une certaine unité et cohérence dans la mise en œuvre des règles de concurrence. Cela va donc dans le bon sens.

La seconde tendance, plus récente, est l'utilisation par le juge des positions de l'Autorité exprimées dans des avis, ce qui est plus problématique. Le juge peut naturellement en tenir compte comme un élément factuel parmi d'autres, mais il ne peut se limiter à un renvoi à un avis pour fonder sa décision.

Ces différents éléments montrent que la *soft law* n'est pas dépourvue de portée juridique.

IV. Seconde question : est-il nécessaire d'encadrer la *soft law* ?

Si elle produit des effets bénéfiques, la *soft law* suscite aussi des questions tenant à sa légitimité et son acceptabilité. Dans ce contexte, il nous semble que la *soft law* devrait être encadrée tant sur la forme que sur le fond.

A. Sur la forme, quatre sujets méritent de retenir l'attention

Le premier est d'ordre terminologique. Si l'on regarde les instruments de *soft law* publiés par l'Autorité depuis 2006, qui sont relativement peu nombreux, on observe que ce n'est pas moins de cinq noms différents qui sont utilisés : communiqués, communiqués de procédure, lignes directrices, documents-cadres et recommandations.

Cette multiplication des qualifications n'aide pas les utilisateurs à se retrouver dans l'ensemble de ces textes. Quel sens faut-il donner à ces différences terminologiques ? Renvoient-elles à des différences de nature ou de portée ? Ce n'est pas impossible mais ce n'est pas expliqué. Une harmonisation de la terminologie et la définition d'un référentiel simple est donc souhaitable.

Le deuxième porte sur la publication des textes de *soft law*. Sur ce point, l'on ne peut que se féliciter de la pratique de l'Autorité de la concurrence qui met en ligne l'ensemble des textes qu'elle adopte.

Des progrès importants ont également été accomplis dans un troisième domaine, celui de la consultation des parties intéressées avant la publication des textes. La pratique a sur ce point évolué, dans un sens positif, puisque dorénavant l'adoption de tout communiqué est précédée d'une période de consultation publique.

Enfin, un quatrième sujet fait régulièrement l'objet de débat. Il concerne les conditions d'association des opérateurs à l'élaboration des avis sur saisine d'office.

Les avis sur saisine d'office ont suscité des interrogations quant au respect du principe du contradictoire. En effet, pour les premiers avis, les rapporteurs procédaient à des auditions et élaboraient – dans le secret de l'instruction – leur rapport qu'ils présentaient en séance hors la présence des parties intéressées. Cette pratique était regrettable, surtout compte tenu de la complexité et des enjeux des sujets traités.

L'Autorité semble avoir entendu les critiques en modifiant récemment sa pratique. En témoigne, par exemple, la saisine d'office sur la distribution du médicament en ville où l'Autorité a publié un document de consultation publique (rapport de près de 140 pages) sur lequel les personnes intéressées pouvaient pendant environ deux mois formuler leurs observations (il est prévu également d'appliquer cette procédure à la saisine d'office pour avis du 26 février 2013 concernant le fonctionnement concurrentiel du marché du transport interrégional régulier par autocar).

Cette avancée doit une fois encore être saluée et encouragée. La consultation large et en amont doit garantir le débat contradictoire et la prise en compte des différents points de vue par le collège. C'est un gage d'acceptabilité des avis en question.

B. Sur le fond, deux questions fondamentales se posent

La première question est celle de savoir quel instrument – droit dur ou droit souple – doit être privilégié pour traiter une question.

Les deux catégories d'instruments présentent des caractéristiques et des qualités distinctes, et le bon outil doit être choisi en fonction des objectifs recherchés. La *soft law* a ses mérites, mais parfois le recours à un décret présente aussi des avantages.

Cette question du choix de l'instrument approprié s'est, par exemple, posée en France quand est apparue en 2004 la procédure d'engagements, issue du règlement n° 1/2003 à laquelle le code de commerce ne consacrait qu'un morceau de phrase.

Alors que la pratique décisionnelle du Conseil se développait, s'est posée la question de savoir s'il ne fallait pas encadrer cette procédure, et si oui comment ?

Plusieurs options étaient envisageables : régler très vite la procédure par un texte réglementaire ; laisser l'Autorité développer sa pratique décisionnelle sans encadrement spécifique et n'envisager une forme de codification qu'une fois constitué un *corpus* décisionnel suffisamment élaboré ; ou retenir une solution intermédiaire consistant à codifier *a minima* dans un décret quelques principes de base et à laisser une latitude assez large à l'Autorité et aux opérateurs pour faire vivre cette procédure.

C'est finalement cette troisième option qui a été retenue avec l'adoption d'un décret court destiné à garantir un minimum de sécurité juridique aux entreprises tout en ménageant de la souplesse dans la négociation. Cette option a permis à l'Autorité d'expérimenter la procédure et aux juridictions de contrôle de rendre leurs premiers arrêts. Le recul ainsi obtenu a ensuite conduit l'Autorité à synthétiser son expérience dans un communiqué de procédure.

La seconde question est de savoir si, sous couvert de *soft law*, l'Autorité ne fait pas en fait du droit dur.

Le risque d'empiétement du droit souple sur le droit dur, ou de contournement du droit dur par le droit souple, a refait débat récemment au niveau national avec l'apparition du pouvoir de saisine d'office pour avis attribué à l'Autorité.

En effet, comme cela a été exposé précédemment, compte tenu de la possibilité très limitée d'introduire un recours contre un avis de l'Autorité, celle-ci pourrait vouloir régler par le truchement d'avis plus ou moins directifs des sujets sur lesquels elle préfère ne pas prendre le risque d'aller au bout d'une procédure contentieuse conduisant à l'adoption d'une décision susceptible de recours. Bien entendu, l'Autorité doit résister à cette tentation.

Certaines orientations récentes mériteraient d'ailleurs d'être expliquées par l'Autorité. On observe par exemple un certain glissement terminologique dans l'approche de l'Autorité. En effet, depuis peu, ses saisines d'office sont présentées au public comme étant des « enquêtes sectorielles », alors que les pouvoirs dont disposent les rapporteurs pour l'instruction de ces avis ne sont pas clairs. Le terme « enquête » n'a bien évidemment pas la même connotation que le terme « avis », le premier renvoyant à la nécessité de rechercher les causes d'une pratique ou d'un dysfonctionnement dans un univers plutôt coercitif.

Conclusion

On l'aura compris, la *soft law* se généralise et c'est en grande partie une bonne chose. Elle est utile à tous, entreprises, praticiens et juges. Toutefois, son statut juridique particulier et son pouvoir d'influence certain doivent être pris en considération par l'Autorité de la concurrence qui, en ce domaine, un peu comme l'opérateur dominant, a une responsabilité particulière. Finalement on en vient à se demander si, pour sortir du flou de ces instruments, il ne serait pas utile que l'Autorité en précise et en encadre l'usage dans un nouvel outil de *soft law*...

Bruno Lasserre

*Conseiller d'État, président de l'Autorité de la concurrence,
Modérateur de la table ronde*

Merci beaucoup Christophe Lemaire de votre intervention et d'avoir engagé le débat sur lequel nous reviendrons. Je voudrais donner sans attendre la parole à Laurence Idot, professeur à Paris II, communautariste universellement connue et spécialiste du droit de la concurrence. Nous avons la chance, depuis mars 2009, de l'avoir avec nous au collège de l'Autorité de la concurrence. Laurence Idot va nous parler de cette nouvelle procédure des engagements, au regard de l'expérience acquise depuis neuf ans.

2^{ème} séquence – Une régulation concurrentielle négociée : les engagements

Laurence Idot

Professeur à l'université de Paris II (Panthéon-Assas)

Le sujet est indéniablement d'actualité, puisque l'Autorité de la concurrence a rendu publiques à la veille de ce colloque deux décisions importantes d'acceptation d'engagements dans le secteur bancaire sur un thème qui nous concerne tous, celui des commissions interbancaires liées à l'utilisation des cartes de crédit⁸⁵. Cela étant, traiter des engagements sous le qualificatif de « régulation renouvelée » peut de prime abord surprendre. En effet, le recours aux engagements est apparu en même temps que le contrôle des concentrations, soit en 1977 pour la France et en 1989, pour l'Union européenne. De même, en droit *antitrust* européen, le recours aux engagements existait de fait sous l'empire du règlement n° 17/62, tant en matière d'ententes, *via* la notification des accords, condition alors indispensable pour pouvoir bénéficier d'une exemption, qu'en matière d'abus de position dominante. Il suffit d'évoquer la vieille affaire *IBM*⁸⁶. En droit de l'Union européenne, le règlement n° 1/2003 n'a fait que formaliser la pratique en introduisant les décisions d'acceptation d'engagements en son article 9⁸⁷.

Mais il est vrai que ce qualificatif est tout à fait justifié dans le contexte français. Le changement est intervenu au milieu des années 2010, soit il y a moins de 10 ans. Conformément à l'article 5 du règlement n° 1/2003, la procédure d'engagements, au sens strict du terme⁸⁸, a été introduite dans l'ordonnance d'adaptation du droit français en novembre 2004⁸⁹. Au même moment, le Conseil de la concurrence a commencé à prendre position sur les engagements dans les avis rendus en matière de contrôle des concentrations⁹⁰. La réforme d'août 2008, pour laquelle Marie-Dominique Hagelsteen a joué un rôle décisif rappelé par le président Lasserre, n'a

85. Aut. conc., déc. n° 13-D-18 du 20 septembre 2013 *relative à des pratiques de Visa relevées dans le secteur des cartes de paiement* et n° 13-D-17 du 20 septembre 2013 *relative à des pratiques de MasterCard relevées dans le secteur des cartes de paiement*.

86. L'affaire *IBM* remonte à 1981. Sur l'état de la pratique à la fin des années 90, L. Idot, «A propos des engagements en droit de la concurrence : quelques réflexions sur la pratique communautaire et française», *Cahiers de droit européen*, 1999, 5/6, p. 569-610.

87. Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JOCE* n° L 1, 4 janvier 2003.

88. On ne traitera pas ici des engagements qui peuvent être proposés dans le cadre de la procédure dite de non contestation des griefs introduite par la loi NRE du 15 mai 2001. A l'origine obligatoires, ils sont devenus facultatifs lors de la réforme de 2008.

89. C. com., art. L. 464-2-I tel que modifié par l'article 10 de l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 (*JoRf*, 5 novembre 2004) et R. 464-2, (art. 42-1 du décret n° 2005-1668 du 27 décembre 2005).

90. V. par ex., Cons. conc., avis n° 05-A-01, 7 janvier 2005, *acquisition des Laboratoires Dolisos par Boiron*. Parmi les affaires les plus significatives, avis n° 06-A-13, 13 juillet 2006, *acquisition de TPS par Canal Plus*, avis n° 07-A-10, 26 septembre 2007, *CCIP Paris/Unibail*.



fait que parachever l'évolution en transférant le contrôle des concentrations à la nouvelle Autorité de la concurrence et en lui donnant les moyens de mener à bien sa mission. Marie-Dominique Hagelsteen n'aura donc pas eu l'occasion d'utiliser ce nouvel instrument, lorsqu'elle était à la tête du Conseil de la concurrence, mais elle en avait parfaitement pressenti l'intérêt.

À l'instar de ses homologues européens, l'Autorité de la concurrence dispose désormais dans sa « boîte à outils » de cet instrument utile, pour remplir sa mission, soit « prévenir, corriger, orienter », en d'autres termes pour « réguler le marché ». Certes, le pouvoir d'injonction était déjà l'une des caractéristiques de l'*imperium* des autorités de concurrence, mais si les contenus peuvent être similaires, ce qui justifie qu'ils aient été souvent rapprochés⁹¹, il existe une différence fondamentale entre les deux instruments. Qu'il s'agisse du contrôle des concentrations ou des pratiques anticoncurrentielles, l'engagement repose toujours sur des propositions de l'entreprise, qui sont ensuite acceptées par l'autorité de concurrence. En contrôle des concentrations, les entreprises peuvent ainsi obtenir le « feu vert » indispensable à la poursuite d'une opération, qui aurait été en leur absence compromise. En *antitrust*, ils permettent aux entreprises en corrigeant leurs comportements d'échapper à une éventuelle sanction, une décision d'acceptation d'engagements ne constatant pas d'infraction. Cela explique que les procédures d'engagements soient l'archétype des procédures dites négociées qui se sont développées depuis une quinzaine d'années, voire la seule procédure pour laquelle ce qualificatif soit justifié, du moins sur le plan juridique. L'expression de « remède auto-prescrit », parfois utilisée, résume parfaitement la situation.

L'utilisation faite par les autorités de concurrence et les entreprises de cet instrument confirme les avantages qui lui sont traditionnellement assignés en termes de souplesse et d'efficacité.

En contrôle des concentrations⁹², le procédé est habituel depuis le milieu des années 90. Les études statistiques montrent qu'en phase I, le taux de décisions de compatibilité sous réserve d'engagements est aux environs de 4 %⁹³. Certes les chiffres peuvent paraître faibles, mais il ne faut pas oublier que l'on raisonne sur des systèmes dans lesquels la notification est obligatoire et que près de 40 % des cas sont désormais traités en procédure simplifiée. Il faut surtout regarder les résultats en cas de passage en phase II. Pour la Commission, depuis l'entrée en vigueur du règlement n° 139/2004, on relève 32 décisions en phase II, à comparer aux 26 décisions de compatibilité simples et aux 5 interdictions, soit plus de 50 %. Mais pour avoir une idée plus exacte de la réalité, il faut ajouter 16 retraits de projet

91. Les deux outils sont, en effet, qualifiés de « remèdes ».

92. Sur les textes actuellement applicables, v. en droit de l'Union, Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOUE*, n° L 34, 29 janvier 2004, art. 6 et 8, Règlement n° 804/2004 de la Commission du 7 avril 2004, *JOUE*, n° L 133, 30 avril 2004, chap. VI, art. 18 et 20 ; en droit français, C. Com., art. L. 430-5, 430-7, 430-8.

93. Pour la Commission, sur la base du règlement n° 139/2004, on relève 117 décisions avec engagements en phase I qu'il faut comparer aux 2 521 décisions de compatibilité simples (environ 4,4 %) ; pour l'Autorité de la concurrence, depuis le 2 mars 2009, on relève 27 décisions phase I avec engagements sur 707 affaires (soit 3,8 %).

en phase II, c'est à dire les opérations abandonnées parce que les engagements qui auraient été nécessaires ont été jugés trop lourds, et on monte alors à plus de 65 %. Pour l'Autorité de la concurrence, le pourcentage est encore plus élevé et atteint 71 %. Sur les 7 « décisions phase II » adoptées depuis le 2 mars 2009, 5 ont été subordonnées à des engagements, 1 à des injonctions.

En matière de pratiques anticoncurrentielles, la Commission a adopté 34 décisions dites « article 9 », dans 29 affaires⁹⁴ que l'on peut rapprocher des 62 décisions d'interdiction, soit un rapport de 1 sur 3. Toutefois, si l'on retire du deuxième chiffre les 46 décisions d'interdiction de cartels, le rapport monte à 2 sur 3, ce qui est considérable. Pour l'Autorité de la concurrence, les chiffres globaux de décisions d'acceptation d'engagements sont plus importants puisque depuis 2005 pas moins de 49 décisions ont été adoptées, qu'il faut comparer aux 138 décisions d'interdiction et aux 62 décisions de non lieu. Il faudrait affiner l'analyse mais même si la Commission semble davantage avoir recours à cet outil depuis quelques mois, la procédure est globalement plus utilisée en France. Cela tient en partie à des différences importantes tant dans le système institutionnel que dans la politique de concurrence. Les plaignants ont un statut plus enviable dans le système français et beaucoup d'affaires d'engagements trouvent leur origine dans des saisines d'entreprises, parfois assorties de demandes de mesures conservatoires⁹⁵. L'action de la Commission est, de son côté, indéniablement orientée depuis 2004 vers la lutte contre les cartels.

Quoi qu'il en soit, dans tous les cas, l'on est entré dans une phase de maturité, ce qui est au demeurant logique compte tenu de l'expérience acquise. Outre l'examen du contenu des engagements qui sont de plus en plus sophistiqués, deux données externes permettent de s'en convaincre.

Première donnée, forte de leur expérience et intégrant les apports de la jurisprudence, les autorités de concurrence ont explicité le déroulement de la procédure dans des textes de *soft law*. Pour le contrôle des concentrations, l'on a même des textes de deuxième, voire de troisième génération : communication sur les mesures correctives pour la Commission⁹⁶, lignes directrices sur le contrôle des concentrations qui viennent d'être révisées en juillet 2013 pour l'Autorité de la concurrence⁹⁷. En matière de pratiques anticoncurrentielles, le Conseil de la concurrence a même devancé la Commission en adoptant un communiqué de

94. Les statistiques sont de l'auteur, car le moteur de recherche de la DG concurrence ne relève curieusement que 16 décisions. Certaines affaires peuvent donner lieu à plusieurs décisions comme dans les affaires de fourniture d'informations par les constructeurs automobiles (4 décisions) et du livre numérique (2 décisions à ce jour).

95. Tel a été le cas dans 13 affaires.

96. Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables (2008/C267/01), *JOUE*, n° C 267, 22 octobre 2008, *DG Competition, Best Practices on the conduct of EC Merger control proceedings*, 6. Remedies discussion, pts 40 et s. ; *Commission's Model Texts for Divestiture Commitments and the Trustee Mandate under the EC Merger control*, qui remplace un texte antérieur de 2001.

97. Lignes directrices révisées relatives au contrôle des concentrations, juillet 2013, v. pts 4G.7, 4H et 4J, 5.N, et les annexes F et G, sur les modèles d'engagements de cession et de contrat-type de mandat. Ces lignes directrices remplacent celles du 2 mars 2009, lesquelles étaient largement inspirées des lignes directrices adoptées par le ministre de l'économie en 2005 et revues en 2007.



procédure dès mars 2008, lequel a été repris par l'Autorité en 2009⁹⁸. La Commission n'est intervenue que plus tardivement en consacrant quelques développements à cette procédure dans les bonnes pratiques de 2011⁹⁹.

Deuxième donnée, le contentieux sur les engagements est à ce jour limité. Cela est évident pour les pratiques anticoncurrentielles, l'on relève une seule affaire en droit de l'Union¹⁰⁰. Elles sont à peine plus nombreuses en France¹⁰¹, même si un recours est actuellement pendant contre une décision importante¹⁰². Certes, le contentieux est plus nourri en matière de contrôle des concentrations¹⁰³, surtout en droit de l'Union¹⁰⁴, mais si les affaires sont plus nombreuses qu'en France, elles ne portent pas spécifiquement sur les engagements. C'est la décision dans son ensemble qui est contestée et le débat sur les engagements est souvent accessoire. De plus, on assiste également dans les deux composantes à un déplacement de ce contentieux. Très axé, surtout à l'origine en France, sur les droits de la défense et les droits des tiers, le débat porte désormais sur l'exécution des engagements, voire, en droit des pratiques anticoncurrentielles, à ses suites devant le juge de la réparation¹⁰⁵.

98. Cons. conc., Communiqué de procédure relatif à la procédure des engagements, 3 avril 2008, repris le 2 mars 2009 par l'Autorité de la concurrence.

99. Communication de la Commission concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 du TFUE, JOUE, n° C 308, 20 octobre 2011, chap. 4 « procédures d'engagements ».

100. Affaire *Alrosa*, TPICE, 11 juillet 2007, T-170/06 et sur pourvoi, CJUE (GC), 29 juin 2010, C-441/07 P, Commission soutenue par *Alrosa*. V. plus récemment, dans cette même affaire, à propos d'un contentieux de rejet de plainte, Trib. UE, 11 juillet 2013, aff. jtes T-104/07 et T-339/08, *BVGD* Trib. UE, 11 juillet 2013, aff. jtes T-108/07 et T-354/08, *Diamanthatel A. Spira*.

101. Affaire *Festina* (déc. n° 06-D-24), CA Paris, 16 octobre 2007 ; Affaire *Canal 9* (déc. n° 06-D-29, *GIE Les Indépendants*), CA Paris, 6 novembre 2007 ; Cass. com, 4 novembre 2008, sur renvoi, CA Paris, 6 octobre 2009, CA Paris, 1^{er} juin 2010 ; Affaire *des grossistes répartiteurs* (déc. n° 07-D-22, 07-D-45 et 07-D-46), CA Paris, 26 novembre 2008, Cass. com, 2 février 2010.

102. Recours pendant contre la décision n° 12-D-18, *France Telecom* (accords dits de *peering*).

103. En France, v. CE, 9 avril 1999, *Interbrew*, n° 191654 ; CE, 9 avril 1999, *The Coca Cola company*, n° 201853 ; CE, 23 décembre 2010, 2 arrêts, *Sarl Bric'Oléron*, n° 338594, et *Mr Bricolage*, n° 337533 (v. égal. CE (2 ord.), 26 mai 2010, n° 338595 et 338596) ; CE, 30 décembre 2010, *Métropole Télévision* n° 338197. En dernier lieu, dans l'affaire *Canal Plus*, CE 21 décembre 2012, n° 353856 (recours c/ Aut. Conc., déc. n° 11-D-12 et CE, 21 décembre 2012, n° 362347 (recours c/ Aut. Conc. n° 12-DCC-100, 23 juillet 2012).

104. TPICE, 27 novembre 1997, T-290/94, *Kaysersberg c/Commission* ; TPICE, 3 avril 2003, T-342/00, *Petrolessence et SG 2 R c/Commission* ; TPICE, 3 avril 2003, T-114/02, *Babyliss c/Commission* ; TPICE, 30 septembre 2003, T-158/00, *ARD c/Commission* ; TPICE, 21 septembre 2005, T-87/05, *EDP c/Commission* ; TPICE, 23 février 2006, T-282/02, *Cementbouw Handel c/Commission* et sur pourvoi, CJCE, 18 décembre 2007, C-202/06 P ; TPICE, 4 juillet 2006, T-177/04, *EasyJet c/Commission* ; TPICE, 9 septembre 2008, T-212/03, *My Travel c/Commission* ; TPICE, 19 juin 2009, T-48/04, *Qualcomm c/Commission* ; Trib. UE, 6 juillet 2010, T-342/07, *Ryanair c/Commission* ; Trib. UE, 13 septembre 2010, T-279/04, *Editions Odile Jacob*, et sur pourvoi, CJUE (GC), 6 novembre 2012, C 551/10 P, *Editions Odile Jacob* ; Trib. UE, 13 septembre 2010, T-452/04, *Editions Odile Jacob c/Commission* et sur pourvoi, CJUE (GC), 6 novembre 2012, aff. jtes C-553/10P, *Commission c/ Editions Odile Jacob* et C-554/10P, *Lagardère c/ Editions Odile Jacob* ; Trib. UE, 21 septembre 2012, T-501/10, *Telecom Italia Broadcasting c/ Commission* ; Trib. UE, 7 juin 2013, T-405/08, *Spar Österreichische Warenhandels c/Commission*.

105. Sur la question de l'accès au dossier des autorités de concurrence dans le cadre d'actions ultérieures en réparation, L. Idot et F. Zivy, « L'accès au dossier des autorités de concurrence dans le cadre des actions privées : État des lieux deux ans après l'arrêt Pfeleiderer », *Concurrences*, n° 3-2013, pp. 34-53.

Compte tenu du temps limité, il n'est pas possible d'aborder l'ensemble des questions. Dans le cadre de cette journée, il est préférable de laisser de côté les aspects de technique juridique pour envisager la procédure dans une perspective plus globale autour de deux séries d'interrogations de nature plus politique : les questions de légitimité et les questions d'efficacité.

I. Légitimité ?

Si l'on admet le principe de procédures d'engagements, encore faut-il s'entendre sur les hypothèses dans lesquelles il est possible d'y recourir et sur les engagements susceptibles d'être acceptés. Sur ces deux points, des débats ont eu lieu.

A. Le domaine des procédures d'engagements

Dans le domaine du contrôle des concentrations, il est vrai que les données sont assez simples. Sur le plan strictement juridique, puisque l'on est dans un système d'autorisation, le principe des engagements a été acquis dès l'origine. Que les entreprises puissent modifier leur projet d'acquisition pour obtenir le « feu vert » indispensable à sa poursuite ne soulève aucune difficulté de principe. Pour des raisons d'efficacité, la seule hésitation qui a pu exister en droit de l'Union quant à la possibilité d'adopter des engagements dès la phase I a été très vite levée¹⁰⁶. De même, il a toujours été admis que les engagements étaient possibles pour tout type de concentration, qu'elle soit de nature horizontale, verticale ou conglomerale.

En pratique, les engagements se rencontrent surtout pour les concentrations horizontales, les plus nombreuses de manière générale, et dans les secteurs déjà concentrés. Il s'agit alors de limiter l'accroissement des parts de marché de la nouvelle entité. Mais les engagements sont également utiles lorsque les opérateurs sont intégrés verticalement et qu'il faut atténuer les effets verticaux de l'opération consécutifs à la disparition d'un concurrent potentiel. Sur les 32 concentrations déclarées compatibles en phase II par la Commission sous l'empire du règlement n° 139/2004, plus de la moitié des opérations concerne des secteurs industriels variés, dont une dans le secteur pharmacie. Douze décisions, soit un gros tiers, visent des secteurs régulés : énergie (3), télécoms et média (7), transports (2). Même si les secteurs examinés sont différents en France et l'échantillon trop peu représentatif à ce jour, les conclusions sont comparables : sur les cinq décisions¹⁰⁷, deux décisions concernent l'audiovisuel¹⁰⁸, une la grande distribution¹⁰⁹.

Les données sont plus complexes pour les pratiques anticoncurrentielles, puisque le droit *antitrust* repose sur l'interdiction de comportements jugés nocifs et qu'à la différence du contrôle des concentrations, les engagements ne sont pas consubstantiels à la procédure. Admettre une telle procédure dans un contrôle en principe *ex post* ne s'explique que par les avantages qui en sont escomptés

106. V. article, préc. *Cahiers de droit européen*.

107. En plus des 3 décisions citées ci-dessous, Aut. conc., n° 10-DCC-198, 30 décembre 2010, *création d'une entreprise commune par Veolia environnement* et la CDC ; n° 11-DCC-187, 13 décembre 2011, *Sté Quartier français*.

108. Aut. conc., déc. n° 10-DCC-11, 26 janvier 2010, *TF1/NT1* ; déc. n° 13-DCC-101, 23 juillet 2012, *Vivendi-Canal +/Direct 8*.

109. Aut. conc., déc. n° 13-DCC-90, 11 juillet 2013, *Casino/Monoprix*.



tant pour les entreprises à l'origine des pratiques que pour les autorités. Il est dès lors logique que le recours à cette procédure soit exclu pour les pratiques les plus graves, où le seul « remède concevable » est la cessation pure et simple assortie de sanctions, comme les cartels, ou certains abus de position dominante dont les effets sont consommés. En revanche, la technique peut s'avérer particulièrement adaptée pour les comportements qui ont vocation à perdurer s'ils sont encadrés. Cela explique que les engagements se soient révélés très utiles en matière de pratiques unilatérales, ou encore pour régler des questions d'accès ou de conditions discriminatoires dans le cadre de relations contractuelles. La répartition est de deux tiers pour les pratiques qui auraient pu être appréhendées sous l'angle des articles 102 TFUE et/ou L. 420-2 du code de commerce, contre un tiers pour des comportements qui auraient pu être qualifiés d'ententes au titre des articles 101 TFUE et/ou L. 420-1 du code de commerce.

Si l'on observe les secteurs concernés, la pratique de la Commission présente une spécificité, dans la mesure où, jusqu'à ces derniers mois, un tiers des décisions visait le seul secteur de l'énergie¹¹⁰. Les autres interventions sont plus diversifiées : deux décisions concernent des multinationales en super dominance (Coca Cola et Microsoft)¹¹¹, deux autres des alliances aériennes¹¹². L'on relève également des décisions dans des secteurs variés qui présentent le point commun d'impliquer l'usage de nouvelles technologies¹¹³, comme en dernier lieu la distribution du livre numérique¹¹⁴. Deux secteurs – la banque¹¹⁵ et la distribution automobile¹¹⁶ – ont fait parallèlement l'objet de décisions nationales.

La pratique de l'autorité française est dès l'origine naturellement plus diversifiée. Si on laisse de côté des affaires dont l'impact économique est plus limité, l'on relève également une utilisation assez nette de la procédure d'engagements dans les secteurs qui peuvent être qualifiés de régulés, moins l'énergie¹¹⁷, compte tenu de l'intervention de la Commission, que les télécommunications et services

110. Pour une étude, v. not., L. Idot, « L'application du droit de la concurrence au secteur de l'énergie », *Concurrences*, n° 2-2011, p. 66-79 et *Vers une politique européenne de l'énergie*, (sous la dir. de Cl. Blumann), Bruxelles, Bruylant, 2012. Il faut ajouter à la liste des dix décisions intervenues jusqu'en 2010, aff. 39.727, 10 avril 2013, *CEZ*.

111. Com. eur., aff. 39.116, déc. 22 juin 2005, *Coca-Cola* ; aff. 39.530, déc. 16 décembre 2009, *Microsoft II*.

112. Com. eur., aff. 39.596, déc. 14 juillet 2010, *BA/AA/IB* ; aff. 39.595, déc. 23 mai 2013, *Continental/United/Lufthansa/Air Canada*.

113. V par ex., Com. eur., aff. 38.681, déc. 4 octobre 2006, *accord de Cannes sur la question épineuse des licences multiterritoriales en matière de droits d'auteur* ; aff. 38.636, déc. 9 décembre 2009, *Rambus*, sur la question des standards dans l'économie numérique ; aff. 39.692, déc. 15 novembre 2011, *Standards & Poors* ; aff. 39.692, déc. 13 décembre 2012, *IBM –Maintenance services* ; aff. 39.654, déc. 20 décembre 2012, *Reuters Instrument Codes*.

114. Com. eur., aff. 39.847, déc. 12 décembre 2012, *E-books*, et déc. 23 juillet 2013, *Penguin*.

115. Com. eur., aff. 39.398, déc. 8 décembre 2010, *Visa Mif* ; comp. en France, Aut. conc., déc. n° 11-D-11, 7 juillet 2011, *Groupement des cartes bancaires* ; déc. n° 12-D-17, 5 juillet 2012, *moyens de paiement scripturaux*, et déc. n° 13-D-17 et 13-D-18, préc.

116. Com. eur., aff. 39.140 à 39.1143, 4 déc. 14 septembre 2007, *Daimler, Fiat, Opel, Toyota* ; comp. en France, Cons. conc., déc. n° 07-D-31, 9 octobre 2007, *Automobiles Citroën*.

117. V. toutefois, Cons. conc., déc. n° 07-D-43, 10 décembre 2007, *Électricité de France*.



annexes¹¹⁸, la distribution de la presse et des médicaments¹¹⁹, les transports¹²⁰ et surtout le secteur bancaire¹²¹.

Deux débats sont nés à propos de cette utilisation.

L'on s'est tout d'abord demandé s'il était légitime d'utiliser la procédure d'engagements pour trancher de nouvelles difficultés qui n'avaient pas fait l'objet antérieurement de jurisprudences. En France, le débat a été vif lorsque l'autorité a pris position dans différentes affaires sur l'articulation entre la distribution sélective et la vente sur Internet¹²², mais on pourrait mentionner un autre exemple toujours en cours devant la Commission, celui de la distribution du livre numérique¹²³. Ce débat semble quelque peu vain. Il ne faut pas oublier que rien n'oblige les entreprises à se lancer dans la voie des engagements. Si elles sont sûres de leur analyse et préfèrent maintenir leurs comportements antérieurs, c'est leur choix. Il s'ensuivra un contentieux, qui sera au final tranché par le juge, comme cela a été le cas dans l'affaire *Pierre Fabre*¹²⁴.

Il est des hypothèses où la question nouvelle peut de plus concerner un secteur régulé, comme, par exemple dans le domaine des communications électroniques, pour les accords dits de *peering*¹²⁵, dans lesquelles le juge de contrôle est également saisi. L'affaire illustre surtout le deuxième débat sur le point de savoir s'il est légitime pour une autorité de concurrence de remodeler un secteur régulé *via* les engagements. Toutefois, dans une telle hypothèse, la difficulté concerne moins le principe de l'intervention que ses modalités. Est alors en cause le contenu des engagements.

B. Les engagements susceptibles d'être acceptés

Un point est acquis. Quel que soit le domaine, les engagements proposés doivent d'abord remédier aux problèmes de concurrence qui ont été identifiés. Ils doivent ensuite être crédibles et vérifiables. Au-delà de ces principes généraux sur lesquels existe un consensus de principe, deux débats plus généraux sont nés.

118. V. Cons. conc., déc. n° 06-D-20, 13 juillet 2006, *renseignements par téléphone*, déc. n° 08-D-21, 7 octobre 2008, *marché des installations téléphoniques* ; Aut. conc., déc. n° 09-D-11, 18 mars 2009, *Internet en Outre-Mer* ; déc. n° 12-D-18, 20 septembre 2012, *prestations d'interconnexions réciproques*.

119. Distribution de la presse, trois décisions visant les NMPP : Cons. conc., déc. n° 06-D-01, 7 février 2006, déc. n° 07-D-32, 9 octobre 2007, déc. n° 08-D-04, 25 février 2008 ; *distribution des médicaments*, déc. n° 07-D-22, 5 juillet 2007, déc. n° 07-D-45 et 07-D-46, 13 décembre 2007.

120. Aut. conc., déc. 13-D-15, 25 juin 2013, *transport maritime du fret Europe du Nord/Antilles françaises*.

121. V. les décisions citées *supra*.

122. Cons. conc., déc. n° 06-D-24, 24 juillet 2006, *Festina* ; déc. n° 06-D-28, 5 octobre 2006, *distribution sélective de matériels hi-fi* ; Comp. Cons. conc., déc. n° 07-D-07, 8 mars 2007, *distribution des produits cosmétiques*, et déc. n° 08-D-25, 29 octobre 2008.

123. Aff. *E-Books* préc.

124. La cour d'appel de Paris (29 oct. 2009) saisie du recours contre la décision du Conseil de la concurrence (déc. n° 08-D-25) a saisi la Cour de justice de l'Union, laquelle a confirmé l'interprétation donnée (CJUE, aff. C-439/09, 13 octobre 2011), ce qui a conduit la cour d'appel de Paris à rejeter le recours contre la décision (CA, Paris, 31 janvier 2013).

125. Aut. conc., déc. n° 12-D-18. Le communiqué de presse est ainsi rédigé : « *La décision rendue aujourd'hui (...) est la première rendue par une autorité de concurrence dans le monde sur une question très discutée dans le cadre du débat sur la neutralité de l'Internet ...* ».



Le premier débat a porté sur la nature des engagements. On retrouve, en effet, en cette matière une distinction classique en droit de la concurrence entre le « *structurel* » et le « *comportemental* ».

Historiquement, le problème est apparu en matière de contrôle des concentrations, qui est, par nature, un contrôle de type structurel. Tant à Bruxelles qu'à Paris, la question a été débattue dans le milieu des années 90 de savoir s'il était possible à l'autorité de concurrence d'accepter des engagements de type comportemental. Le débat a été assez vite tranché en faveur d'une réponse affirmative¹²⁶. Indépendamment de la difficulté à qualifier de manière précise certains types d'engagements, comme par exemple des accords de licence, ce qui a conduit à parler d'engagements quasi-structurels, la réponse affirmative s'est imposée dès lors que, dans certains secteurs déjà très concentrés, il était très difficile, voire impossible, de trouver des repreneurs pour céder des actifs. De plus, si les engagements structurels, sous forme de cessions d'actifs, sont adaptées aux concentrations horizontales, tel n'est pas le cas pour les concentrations verticales ou conglomerales, pour lesquelles des engagements comportementaux conviennent davantage. Comme l'a indiqué le juge de l'Union¹²⁷, l'essentiel est que l'engagement élimine le problème de concurrence.

Deux observations supplémentaires peuvent être faites sur la pratique actuelle. Il est parfois affirmé que la Commission européenne est plus réticente que l'Autorité française vis-à-vis des engagements comportementaux. Cela n'est pas certain, tout simplement parce que les deux autorités n'ont pas à intervenir dans les mêmes secteurs d'activité, ce qui limite les conclusions qui peuvent être tirées des comparaisons statistiques¹²⁸. En réalité, les engagements comportementaux, qui sont par nature plus complexes, soulèvent surtout des problèmes d'exécution. Ils doivent être adaptés dans le temps et sont plus délicats à surveiller.

En droit des pratiques anticoncurrentielles, le problème est inversé. Puisque le contrôle porte sur des comportements, les autorités ne devraient adopter que des engagements comportementaux. Le débat est né il y a trois à quatre ans maintenant, lorsque, dans le secteur de l'énergie, la Commission a accepté des engagements de type structurel ou quasi-structurel, comme la séparation d'activités, l'*unbundling*, la cession de capacités... En France, plus récemment, la possibilité pour l'Autorité de la concurrence d'adopter des injonctions structurelles a également été mise en cause¹²⁹. On relèvera seulement sur ce dernier point que l'Autorité n'a pas encore accepté d'engagements structurels en *antitrust* et que le pouvoir d'imposer une injonction structurelle lui a été conféré par le législateur¹³⁰. Si l'on se limite à la pratique de la Commission, la discussion est indissociable d'un autre débat qui est

126. V. par ex., l'atelier de la DGCCRF de juin 1998 consacré aux engagements.

127. TPICE, 30 septembre 2003, T-158/00, *ARD*, dans lequel le Tribunal confirme également la possibilité de recourir à des engagements en phase I.

128. V. l'étude faite J. Menezes et E. Frot, « Les remèdes en France et en Europe: une analyse statistique sur la période 2000-2010 », *Concurrences*, n° 3-2012, www.concurrences.com.

129. V. not. pour une illustration, les divers points de vue exprimés dans « L'injonction structurelle : un instrument hors norme », *Tendances, Concurrences*, n° 2-2013, p. 12.

130. C. com., art. L. 752-26 et 752-27.

lié au secteur visé, à savoir l'énergie, dans laquelle elle est intervenue, à la suite d'une enquête sectorielle. La difficulté se déplace de la nature de l'engagement à son étendue.

Les discussions sur l'étendue des engagements susceptibles d'être acceptés se sont orientées dans deux directions. L'on a assisté tout d'abord à un débat de nature très juridique sur l'application en cette matière du principe de proportionnalité, qui a particulièrement été mis en lumière en droit de l'Union européenne par l'affaire *Alrosa*¹³¹. Même si la Cour de justice n'a pas suivi le Tribunal dans l'application stricte du principe et a insisté sur la différence qui devait exister entre les injonctions et les engagements, le respect de ce principe s'est imposé dans les faits.

Il est significatif de relever que toutes les décisions de la Commission postérieures à l'arrêt *Alrosa* du Tribunal contiennent dans la partie consacrée à l'examen de l'adéquation des engagements proposés un paragraphe sur la proportionnalité des mesures présentées. Les décisions de l'Autorité ne consacrent pas de développements spécifiques à cette question, mais le principe est identique. Preuve en est que l'Autorité refuse de rendre obligatoires des mesures proposées par les parties qui ne répondent pas aux préoccupations de concurrence et qu'elle se contente d'en prendre acte, ou encore qu'elle refuse des mesures suggérées par les tiers qui outrepasseraient ses pouvoirs. Mais lorsque l'Autorité affirme, comme dans la récente décision n° 13-D-15 sur le fret maritime qu'on lui demande de mettre en place une régulation qui n'est pas en son pouvoir, on aborde le deuxième débat, de nature plus politique.

De manière récurrente, l'on reproche, en effet, aux autorités de concurrence d'excéder leurs pouvoirs et de faire, *via* la technique des engagements, de la régulation. Une première difficulté tient à la polysémie du mot « régulation ». Il ne fait pas de doute que les autorités de concurrence ont vocation à réguler les marchés. Le reproche n'a de sens que si l'on ne vise pas ce qu'il est désormais convenu d'appeler la « régulation concurrentielle ». Le débat porte alors sur la ligne de partage entre le rôle des autorités de concurrence et le rôle des autorités sectorielles.

Le débat est né dès la fin des années 90, lorsque à la suite des premières directives d'ouverture à la concurrence des industries de réseau, l'on a assisté à une restructuration des opérateurs, qui a donné lieu à des interventions de la Commission au titre du contrôle des concentrations. L'on a alors parfois reproché à la Commission de recomposer les secteurs, de jouer au mécano industriel, *via* les engagements¹³². La discussion à vrai dire est un peu vaine, car, comme par nature, le contrôle des concentrations est prospectif, il ne fait pas de doute qu'en acceptant les engagements, l'autorité de concurrence agit sur l'évolution du secteur. Il peut difficilement en être autrement.

La discussion est sans doute plus fondée pour l'utilisation des engagements en droit des pratiques anticoncurrentielles. Il est vrai que la Commission, *via* ses interventions massives dans le secteur de l'énergie, au moment de la négociation

131. V. les arrêts cités *supra*.

132. Pour une étude complète dans le contexte de l'époque, V. C. Lemaire, *Energie et concurrence : recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz*, 2 vol., PUAM, 2003.



du troisième paquet, a obtenu, *via* des décisions individuelles d'acceptation d'engagements, des mesures que le Parlement européen et le Conseil étaient pour le moins réticents à adopter. Hormis ce cas particulier, la critique est sans doute excessive. Il est vrai, par exemple, en France que l'Autorité est la première à déclarer, lorsque des décisions importantes sont rendues publiques, qu'elle vient d'accepter des « *engagements structurants* » pour tel ou tel secteur¹³³. On peut alors se demander si elle ne vient pas pallier une régulation défaillante ou si elle n'anticipe pas le traitement par le régulateur sectoriel d'un problème nouveau. Cela étant, à la différence du régulateur sectoriel, l'autorité de concurrence ne fixe jamais les prix et n'intervient que pour éliminer les problèmes de concurrence identifiés. Aussi longtemps qu'elle reste dans ce cadre, son intervention est légitime. Encore faut-il qu'elle soit efficace...

II. Efficacité ?

L'efficacité de la procédure est bien évidemment une préoccupation essentielle. Elle peut être envisagée du point de vue économique et il conviendrait d'analyser rétrospectivement les effets des engagements sur le marché. Des recherches, dans la ligne de la première étude menée par la Commission en 2005 sur les engagements en matière de contrôle des concentrations¹³⁴, devraient être menées, mais malheureusement, elles sont toujours attendues¹³⁵. Dans ces conditions, l'efficacité ne peut être envisagée que sur le plan juridique : la décision doit être bien exécutée, ce qui est plus difficile à vérifier que pour le paiement d'une amende... Cela étant, le suivi des engagements est de mieux en mieux assuré, ce qui explique peut être l'apparition des premières décisions de sanction pour inexécution.

A. Le suivi des engagements

Pour assurer la bonne exécution de l'engagement, l'on a assisté ces dernières années au développement de mécanismes à la fois d'adaptation et de contrôle. L'exécution d'un engagement s'inscrit nécessairement dans un espace temps, ce qui implique tout d'abord des mécanismes d'adaptation.

Une première difficulté concerne le délai dont dispose les entreprises pour exécuter les engagements. Les engagements structurels en particulier les engagements de cession sont toujours enfermés dans des délais relativement brefs, de quelques mois. Lorsque les délais de cession ne peuvent être respectés, les autorités, si elles en sont averties, se montrent *a priori* conciliantes, mais tel n'est pas toujours le cas, comme l'a illustré un contentieux récent opposant EDF à la Commission européenne et toujours pendant¹³⁶. Le problème est plus aigu pour les engagements comportementaux. La question se pose alors de savoir s'ils

133. V. par ex., les communiqués de presse qui accompagnent les récentes décisions n° 12-D-18, 13-D-15, 13-D-17 et 13-D-18, préc.

134. *Mergers Remedies Studies*, 2005.

135. Les entreprises préfèrent, semble-t-il, commander des études pour remettre en cause le montant jugé trop élevé des sanctions pécuniaires.

136. Dans l'opération *EDF/Segebel* (M.5549, 12 novembre 2009), la Commission a refusé de prolonger les délais pour une cession d'actifs. EDF a intenté un recours en annulation, actuellement pendant, en sollicitant parallèlement des mesures provisoires qui ont été refusées par la Cour (CJUE (ord. préc.), 7 mars 2013, C-551/12 R, *EDF*).



doivent être conclus pour une durée illimitée, ce qui implique que lorsque les circonstances ne sont plus réunies, les parties doivent revenir devant l'autorité, ou s'il est possible d'admettre d'emblée une durée fixe. Les deux se pratiquent, le choix dépendant des circonstances de l'espèce.

En toute hypothèse, il est utile de prévoir une clause de révision des engagements, pour couvrir les cas dans lesquels les engagements s'avèrent impossibles à réaliser ou deviennent inadaptés eu égard à l'évolution des circonstances. Les autorités de concurrence se montrent pragmatiques et, dès lors que cela est justifié, acceptent la révision des engagements, ce qui se traduit sur le plan juridique par une décision de révision¹³⁷, voire de levée des engagements¹³⁸.

Mais au-delà des mécanismes de révision, la bonne exécution des engagements requiert également des mécanismes de contrôle. Le contrôle doit en principe être assuré par l'autorité, mais en pratique, l'autorité peut avoir besoin de se faire assister par un tiers.

Pour les engagements structurels, essentiellement les engagements de cession, la Commission a très vite prévu le recours à un mandataire, puis la technique est devenue de plus en plus sophistiquée au début des années 2000, plusieurs mandataires pouvant désormais intervenir (un mandataire chargé du contrôle, un mandataire chargé de la cession). Des modèles de mandat ont été mis au point¹³⁹. Une évolution similaire est intervenue en France. L'engagement de cession était à l'origine non encadré, puis le recours à un mandataire a été mentionné, puis organisé. Le pas a été franchi avec les lignes directrices de juillet 2013 qui proposent désormais en annexe des modèles d'engagement de cession et de contrat de mandat¹⁴⁰. En pratique, toute la difficulté est de trouver les mandataires à la fois compétents et indépendants. L'hypothèse limite est illustrée par le contentieux relatif à l'indépendance du mandataire lors de la cession de la branche livre du groupe Vivendi. C'est l'affaire dite *Odile Jacob*¹⁴¹, du nom de la requérante, qui est loin d'être terminée.

Pour les engagements comportementaux, la pratique est moins organisée, car cela dépend des circonstances, lesquelles sont beaucoup plus variées. L'on peut recourir à des experts pour des raisons techniques. C'est l'hypothèse de l'affaire *Microsoft I*, certes intervenue à propos d'une injonction, mais les données sont comparables.

137. V. par ex., Com. eur., déc. du 28 octobre 2011 modifiant les engagements n° 73 et n° 84 exposés dans la décision relative à l'affaire COMP/M.4180 — *Gaz de France/Suez*, JOUE, n° C 51, 22 février 2013 ; par ex., en France, par ex., Aut. conc., lettre du 23 mai 2011, aff. C-2008-100, *Bigard Socopa*.

138. V. Aut. conc., lettre du 19 juillet 2012, aff. C2007-97, *LVMH-Les Echos*.

139. V. la communication sur les mesures correctives, préc. note 12, et les modèles sur le site de la DG concurrence.

140. Préc.

141. Trib. UE, 13 septembre 2010, T-452/04 préc. Le recours était formé dans cette affaire contre la décision de la Commission qui avait accepté la reprise des actifs dans le secteur de l'édition de Vivendi par le groupe de Wendel, la cession desdits actifs figurant parmi les engagements auxquels la décision de compatibilité du 7 janvier 2004 dans l'affaire *VUP/Lagardère* était subordonnée. Le Tribunal a annulé la décision d'agrément du repreneur du 30 juillet 2004. Tant le groupe Lagardère que la Commission ont formé des pourvois qui ont été rejetés, CJUE (GC), 6 novembre 2012, aff. jtes C-553/10 P et C-554/10 P, préc.



Là encore, c'est le problème de l'indépendance qui est en cause¹⁴². Le technicien peut parfois être une autorité de régulation sectorielle. Si l'engagement implique la conclusion de contrats usuels des affaires avec des tiers, l'on peut également prévoir des mécanismes de règlement rapide des litiges éventuels, ce qui jusqu'à nouvel ordre a soulevé plus de problèmes théoriques que pratiques¹⁴³. L'Autorité de la concurrence semble être disposée à recourir également à des « mandataires » pour assurer le suivi des engagements comportementaux, comme l'illustrent deux affaires récentes dans le secteur des transports, l'une en matière de contrôle des concentrations¹⁴⁴, l'autre en pratiques anticoncurrentielles¹⁴⁵.

Cette forme d'externalisation du contrôle ne soulève pas de problème si l'autorité conserve la maîtrise du contrôle, mais encore faut-il qu'elle en ait les moyens.

Par moyens, il faut entendre des moyens juridiques tout d'abord, dans la mesure où les pouvoirs d'enquête doivent être adaptés à cette hypothèse. En droit français, un amendement vient d'être adopté par le Sénat dans le projet de loi sur la consommation pour étendre les pouvoirs d'enquête des services d'instruction de l'Autorité¹⁴⁶. Ces services pourront, si le texte est confirmé, utiliser leurs pouvoirs d'enquête, avant toute ouverture d'une procédure contentieuse, pour vérifier l'exécution d'engagements, mais également de prescriptions ou d'injonctions.

Mais il ne faut pas négliger les moyens humains ensuite. Il fut un temps où, au sein de la DG concurrence de la Commission européenne, il existait un bureau spécialisé chargé de l'exécution des engagements en contrôle des concentrations, mais ce dernier n'apparaît plus sur l'organigramme¹⁴⁷. En France, la tâche est assurée par le service des concentrations pour les engagements en cette matière et par le service juridique pour les engagements en pratiques anticoncurrentielles. Cela étant, ces services ont bien d'autres tâches et c'est la raison pour laquelle le rôle des tiers est particulièrement important pour attirer l'attention des autorités sur l'inexécution éventuelle des engagements. Il convient de mentionner à cet égard une intéressante décision de rejet, *E-Kanopi*, mettant en cause le respect par

142. La décision d'interdiction de la Commission du 24 mars 2004 (aff. 37.792) a fait l'objet d'un recours en annulation qui a été rejeté pour l'essentiel par le Tribunal (TPICE, 17 septembre 2007, T-121/04, *Microsoft c/Commission*) à l'exception d'un article du dispositif visant le recours à un expert, dont les pouvoirs ont été jugés excessifs ; pour un commentaire sur la problématique du mandataire indépendant, F. Zivy, in chr. "Procédures", *Concurrences*, n° 4-2007, pp. 123-124.

143. Sur cette pratique, v. L. Idot, « L'arbitrage et le contrôle des engagements en droit de la concurrence », *Concurrences*, n° 1-2012, Tendances, Le respect des engagements pris devant les autorités de concurrence, www.concurrences.com.

144. Aut. conc., déc. n° 12-DCC-154, 7 novembre 2012, *rachat de Sea France par la société Groupe Eurotunnels*. Les engagements comportementaux portent sur la pratique de remises et sur l'abstention de pratiques discriminatoires.

145. Aut. conc., déc. n° 13-D-15, préc. L'engagement qui doit être surveillé par le mandataire porte sur l'utilisation d'une clause de préemption.

146. Projet de loi n° 1215, adopté en 1ère lecture par le Sénat le 13 septembre 2013, art. 50.

147. Cela s'explique sans doute par le fait qu'il n'existe plus depuis 2002 de direction spécialement dédiée au contrôle des concentrations. Le suivi des engagements peut sans doute être rattaché à la direction en charge de la politique générale (v. A2).



Google d'engagements¹⁴⁸ dans l'affaire de la publicité en ligne¹⁴⁹. L'Autorité met en garde Google et lui rappelle de respecter pleinement les engagements adoptés, faute de quoi une procédure pour inexécution serait engagée.

B. La sanction de l'inexécution

Que les autorités soient amenées à sanctionner l'inexécution des engagements est sans doute un signe supplémentaire de l'entrée des procédures d'engagements dans la phase de maturité. Le contentieux est heureusement limité, mais quelques affaires récentes ont marqué l'actualité.

En France, l'on pense évidemment à l'affaire *Canal + c/ TPS*, qui a conduit, outre à une amende, au retrait de l'autorisation accordée en 2006 par le ministre de l'économie¹⁵⁰, mais ce n'est pas la première fois que l'inexécution d'engagements pris dans le cadre du contrôle des concentrations est sanctionnée¹⁵¹ et une autre affaire moins médiatisée est intervenue postérieurement¹⁵². Par ailleurs, il ne faut pas oublier en *antitrust* la récente décision de la Commission du 6 mars 2013 dans l'affaire *Microsoft II*. Cette dernière a imposé à la firme américaine une amende de 561 millions d'euros pour cause de non-respect de ses engagements qui auraient consisté à proposer aux utilisateurs un écran multi-choix leur permettant de sélectionner facilement le navigateur *web* qu'ils souhaitent¹⁵³. En comparaison, l'amende de 60 000 euros imposée par l'Autorité¹⁵⁴ à la ville de Marseille pour non-respect des engagements pris en 2008¹⁵⁵ paraît bien dérisoire...

Premier constat, le système de sanctions existe.

En *antitrust*, les lacunes, qui pouvaient exister dans les textes à l'époque où la procédure était encore informelle, ont été heureusement comblées. Le dispositif de sanctions est désormais prévu tant à l'article 23, § 2, sous c) du règlement n° 1/2003 pour la Commission qu'à l'article L. 464-3 du code de commerce pour l'Autorité de la concurrence. Les sanctions étant de même nature et du même ordre que pour une violation des règles de fond ou le non-respect d'une injonction¹⁵⁶, elles ne peuvent être infligées qu'à l'issue de la procédure contradictoire ordinaire. Elles

148. Aut. conc., déc. n° 13-D-07, 28 février 2007.

149. Aut. conc., déc. n° 10-D-30, 28 octobre 2010. En dehors des engagements acceptés, l'article 2 de la décision donnait acte à Google de sa volonté d'étendre la portée des engagements au delà du seul secteur des bases de données de radar, en cause dans l'affaire. Sur la mise en garde de l'Autorité, v. pt 86.

150. Aut. conc., déc. n° 11-D-12, 20 septembre 2011 et sur recours, CE, 21 décembre 2012.

151. V. ant., les affaires *Carrefour/Promodès* (Cons. conc., avis n° 07-A-03 ; arrêté du ministre du 21 août 2007) et *TF1/AB* (Cons. conc., avis n° 08-A-01 ; arrêté du 17 novembre 2008). Le ministre de l'économie, qui était compétent pour sanctionner le non-respect des engagements, devait alors consulter le Conseil de la concurrence pour avis.

152. Aut. conc., déc. n° 12-D-15, 9 juillet 2012, *Bigard/Socopa*. Le groupe a été condamné à une sanction pécuniaire d'un million d'euros pour avoir contourné un engagement de licence.

153. Com. eur., déc. 6 mars 2013, aff. 39.530.

154. V. ant., pour le non-respect d'engagements, dans le cadre d'une non contestation des griefs (déc. n° 05-D-49), Aut. conc., déc. n° 10-D-21, 30 juin 2010. Neopost Fr et Satas ont été condamnées chacune à une amende de 100 000 euros.

155. Aut. conc., déc. n° 11-D-10, 6 juillet 2011, pour non-respect de la décision n° 08-D-34.

156. En droit français, l'article L. 464-3 c. com. renvoie à l'article L. 464-2 c. com.



doivent être bien sûr proportionnées, ce qui explique la différence de montant entre la décision *Microsoft II* et la décision *ville de Marseille*...

En matière de contrôle des concentrations, les données sont un peu plus complexes, en ce sens qu'il convient de déterminer s'il est possible, en plus de l'injonction d'exécution et d'éventuelles sanctions pécuniaires, d'aller plus loin et de procéder au retrait de l'autorisation. En droit français, la réponse est clairement affirmative. Les textes le prévoient à l'article L. 430-8-IV du code de commerce¹⁵⁷ et le système a été validé. Comme on le sait, dans l'affaire *Canal + c/ TPS*, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil Constitutionnel¹⁵⁸ l'a rejeté et, dans son arrêt du 21 décembre 2012, le Conseil d'État a confirmé la compétence de l'Autorité et la régularité de la procédure suivie¹⁵⁹. La solution est équivalente en droit de l'Union, mais le mécanisme du règlement repose sur une vieille distinction entre les conditions et charges qui avait été introduite à l'époque du règlement n° 17/62 pour les décisions d'exemption. En principe, l'engagement lui-même est une condition, alors que certaines modalités d'exécution peuvent n'être que des charges. En cas d'inexécution, des amendes pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires sont encourues dans les deux cas¹⁶⁰, mais l'inexécution d'une condition joue comme une condition résolutoire et fait tomber la décision de compatibilité, alors que l'inexécution d'une charge peut justifier une révocation de la décision¹⁶¹. L'affaire *Odile Jacob* a toutefois illustré les limites de la distinction.

Le contentieux récent montre surtout que les principales difficultés tiennent à l'exercice du pouvoir de sanction et à l'appréciation de l'inexécution, laquelle est opérée par l'autorité sous le contrôle du juge.

En *antitrust*, le contentieux est à ce jour limité et ne porte que sur le respect des injonctions, qu'il s'agisse du droit de l'Union avec l'affaire *Microsoft I*¹⁶², ou du droit français¹⁶³. Dans notre système, le principe est celui de l'interprétation stricte des injonctions, lequel a été transposé par l'Autorité de la concurrence au contrôle des engagements dans l'affaire de la *ville de Marseille*. Une telle approche a été critiquée au motif qu'il fallait se référer à une interprétation finaliste du

157. Le retrait de la décision est même la première mesure prévue sous le 1°, suivie de l'injonction sous astreinte au 2°. Les sanctions pécuniaires ne sont prévues qu'en sus. Compte tenu de la réforme opérée en 2008, l'Autorité de la concurrence peut être amenée à sanctionner l'inexécution d'engagements antérieurement acceptés par le Ministre de l'économie, comme dans les affaires *Canal +/TPS* et *Bigard/Socopa*.

158. Cons. const., déc. 12 octobre 2012.

159. CE, 21 décembre 2012, n° 353856.

160. Règlement n° 139/2004, art. 14, § 2, sous d).

161. V. sur la possibilité pour la Commission d'assortir la décision de « conditions et charges », règlement n° 139/2004, art. 6, § 2, al 2, et 8, § 2, al 2 ; sur l'incidence sur la décision de l'inexécution d'une condition, art. 8, § 4, al. 1, sous b) et 8, § 4, al. 2 ; sur l'incidence de l'inexécution d'une charge, art. 8, § 6.

162. V. Trib. UE, 27 juin 2012, T-167/08, *Microsoft c/Commission*, le rejet du recours contre la décision de la Commission du 27 février 2008 fixant le montant définitif de l'astreinte imposée à Microsoft pour non-respect de l'injonction dans l'affaire *Microsoft I*.

163. V. pour un rappel de la pratique décisionnelle et de la jurisprudence en la matière, Th. Dahan et Ch. Lemaire, « Le respect des engagements en droit antitrust doit-il être soumis à une règle de raison », *Concurrences*, n° 1-2012, p. 15, sp. n° 9 et s.

règlement¹⁶⁴. La critique nous paraît excessive. En pratique, l'on est obligé de combiner l'interprétation stricte avec l'interprétation finaliste. L'appréciation d'un engagement ne peut être arbitrairement séparée de son contexte, comme l'ont montré précisément les deux affaires *Microsoft*.

C'est également la voie qui, nous semble-t-il, a été empruntée en contrôle des concentrations, et qui est illustrée par l'affaire *Canal +*. Certes des voies discordantes se sont élevées¹⁶⁵, mais il n'y a pas lieu d'entrer dans cette controverse puisque ces décisions sont toujours soumises à l'appréciation du juge et, dans cette affaire, le Conseil d'État a validé pour l'essentiel la décision de l'Autorité. Le débat s'est dès lors déplacé sur le problème de l'étendue du contrôle du juge : doit-il exercer un contrôle restreint ou un contrôle entier ? Il n'est pas certain que cette distinction traditionnelle soit adaptée au contrôle exercé en matière de contrôle des concentrations, qu'il s'agisse de l'exécution des engagements, comme d'ailleurs du test d'appréciation de l'opération. Un contrôle restreint n'a pas de sens en la matière, sauf à nier son existence, et il ne s'agit pas davantage d'une révision au fond. Tout au plus, peut-on constater, comme l'ont montré les affaires récentes, que le contrôle est effectif et qu'il s'étend à l'ensemble des décisions qui gravitent « autour » de l'opération de concentration¹⁶⁶, ce dont il faut se féliciter.

Est-il nécessaire dans ces conditions de conclure ? Les avantages des procédures d'engagements pour les entreprises et les autorités ne sont plus à démontrer. En contrôle des concentrations, l'absence de mécanisme conduirait à un trop grand nombre d'interdictions. En *antitrust*, seuls les tiers, qui s'estiment à raison ou à tort victimes de pratiques anticoncurrentielles, peuvent regretter l'absence de constat d'infraction, mais il ne faut pas oublier qu'ils peuvent s'exprimer lors des tests de marché et qu'ils peuvent toujours recourir au juge de droit commun. Ce sont sans doute les universitaires qui ont le plus de mal à analyser ces décisions et à en faire une synthèse, mais là encore, le contentieux, s'il est très limité, soulève de belles questions juridiques et renouvelle les débats... Ayant eu la chance d'échanger régulièrement avec elle pendant près de quinze ans dans de nombreux colloques et autres manifestations, je puis confirmer que Marie-Dominique Hagelsteen aimait y participer et ne prenait sa décision qu'une fois éclairée sur l'ensemble des enjeux. La petite communauté des universitaires « concurrentialistes » l'appréciait beaucoup et la respectait tout autant. En leur nom, je souhaiterais remercier le Conseil d'État et l'Autorité de la concurrence de nous avoir associés à cet hommage.

164. *Idem*, sp. n° 25 et s.

165. Comp. par ex., le point de vue de P. Wilhem, « Le respect des engagements : le point de vue des entreprises dans le contrôle des concentrations » et la réponse d'A. Mouzon, « Le respect des engagements : un point de vue de l'Autorité de la concurrence », *Concurrences*, n° 1-2012, p. 21 et p. 24.

166. V. sur ce point, l'affaire *Odile Jacob*, préc., dans laquelle le contrôle porte sur une décision ultérieure liée à l'exécution de l'engagement.





Bruno Lasserre

*Conseiller d'État, président de l'Autorité de la concurrence,
Modérateur de la table ronde*

Merci beaucoup Laurence Idot d'avoir ouvert tant de perspectives intéressantes et d'avoir fait la transition avec l'intervention qui va suivre puisque c'est Hubert Legal qui va maintenant prendre la parole. Hubert Legal est conseiller d'État et actuellement directeur juridique du Conseil de l'Union européenne. Il a été surtout, et c'est pour cela qu'il a été invité, juge puis président de chambre au Tribunal de première instance de 2001 à 2007, période charnière dont nous parlons. Il a donc vécu, à Luxembourg, les évolutions qui se faisaient jour à Bruxelles et à Paris. A la lumière de son expérience, il pourra par exemple nous dire si l'intervention du droit souple ne constitue pas pour le juge un formidable moyen de renforcer son contrôle en obligeant l'autorité de concurrence à respecter la norme ou la directive qu'elle a elle-même publiée. Deuxième question : l'irruption du droit négocié change-t-elle la nature du contrôle exercé par les décisions soumises à l'appréciation du juge ? Ce sont ces questions – mais peut-être aussi beaucoup d'autres auxquelles il a pensé – que nous posons à Hubert Legal en le remerciant de participer avec nous à ce colloque.

3^{ème} séquence – Le nouveau rôle du juge

Hubert Legal

*Jurisconsulte du Conseil européen et du Conseil de l'Union européenne,
directeur général du service juridique du Conseil*

Je ne sais pas si je pourrai répondre à ces questions mais je remercie en tous cas le président Lasserre de m'avoir invité à lui tenir compagnie à sa table ronde sur le renouvellement de la régulation concurrentielle. Il est bien évident que mon seul titre à être présent ici est d'avoir fait partie du microcosme du droit de la concurrence quand il était illuminé par la contribution de la présidente Hagelsteen. À présent, mes responsabilités sont tout autres et m'amènent, depuis cinq ans, à ne connaître professionnellement de la concurrence, sauf pour défendre les actes du Conseil en la matière, que de façon indirecte c'est-à-dire à travers le marché intérieur, l'union économique et monétaire, y compris l'union bancaire et le droit institutionnel européen. Je ne dispose donc pas d'éléments techniques de première main me permettant de contribuer utilement à une réflexion actuelle et pertinente sur l'état et les perspectives de la régulation concurrentielle. Je ne veux pas commenter une jurisprudence récente à laquelle je n'ai pas participé, alors que mon deuxième successeur a pris ses fonctions le mois dernier au Tribunal de Luxembourg. Le temps crée de la distance. Je ne peux donc qu'évoquer, et de façon subjective, le panorama intellectuel des premières années 2000 en tant qu'il intéresse le contentieux de la concurrence dans l'Union. J'y ai consacré six années comme juge européen, ce qui est autant que la durée du mandat de



Marie-Dominique Hagelsteen à la tête de ce qui fut le Conseil de la concurrence, mais avec trois années de retard pour moi sauf qu'elle en avait fait avant et moi pas. J'espère que cet éclairage aura quand même quelque intérêt, au-delà du témoignage d'admiration et d'amitié fidèle. Il aura au moins celui de la brièveté, au bénéfice préempté par mes deux co-intervenants, dont la légitimité est, elle, beaucoup moins contestable sur le sujet.

Il est vrai que la période de mon mandat au Tribunal de Luxembourg a été une période très féconde en réorganisations et en remises en cause, probablement fondatrices et en tout cas fondamentales. Pour m'en tenir à mon petit bout de la lorgnette, je l'ai commencée comme rapporteur de l'affaire *Schneider/Legrand* et terminée, parmi quelques soupirs de soulagement, comme rapporteur de l'affaire *Alrosa* – qui a fait l'objet d'un jugement de première instance consacré au contrôle des engagements volontaires acceptés par la Commission, jugement ensuite censuré par la Cour. Le caractère de cette période, du point de vue du juge de l'Union, a été marqué par une tentative de réaliser un contrôle effectif des analyses économiques des situations de marché effectuées par la Commission – c'est-à-dire selon moi un contrôle normal et non un contrôle restreint – sans pour autant tomber dans le piège de la substitution discrétionnaire d'une appréciation des faits à une autre. Ce dont il était question était ni plus ni moins la mise en œuvre du contrôle de légalité selon les méthodes du recours pour excès de pouvoir à des réalités économiques complexes. Il s'est agi de trouver la juste voix entre un contrôle purement formel de la motivation et des garanties procédurales et la réfection intégrale, pour des motifs de préférence académique ou personnelle, de décisions ne souffrant pourtant, en elles-mêmes, d'aucune illégalité. La question de la portée des pouvoirs de pleine juridiction de la Cour était évidemment celle du positionnement correct à adopter par le juge pour contribuer à une régulation prévisible, efficace et acceptée, sans se livrer à une duplication qui ne serait de toute façon, faute de moyens adéquats, qu'une supercherie.

Ne nous livrons pas à une image rétrospective complaisante. Cela a été un débat extraordinairement acrimonieux, parsemé de malentendus nullement fortuits, certains anciens n'entendant pas laisser dire que, jusque là, ils n'avaient pas fait ce qu'il fallait et d'autres, pour montrer leur belle voix, criant haro sur tout appel à la mesure. L'épisode de mon éditorial dans la revue *Concurrences* n°2/2005, précisément sur ce thème, et de ses suites dignes de Clochemerle dans le contexte de l'affaire *Microsoft I*, témoigne d'un climat assez délétère entre le parti de la Commission à la Cour (plus royaliste que le Roi, puisque la Commission avait déjà pris des mesures correctives appropriées) et ceux que les lobbies industriels avaient convaincus de leur stature potentielle de redresseurs de torts et qui confondaient liberté et absence de règles, au point de voir tout le mal dans les monopoles publics mais tout le bien dans les monopoles privés...

Souvenirs par conséquent d'un travail sérieux, riche, ressenti – à tort ou à raison – comme socialement valable, dans un climat plutôt pénible de soupçon d'ambitions personnelles ou de désir médiatique. La vie judiciaire dans toute sa splendeur ; je ne vous fais pas un dessin. Mais en même temps, beaucoup de satisfactions, dont pourrait témoigner mon partenaire d'alors Fabien Zivy, qui m'a accompagné



à travers une bonne part de ces épisodes tragi-comiques avec talent et humour. Ce n'est pas tous les jours qu'il est donné d'aller expliquer à Fordham, devant des universitaires et avocats américains de la concurrence, les exigences de preuve et le degré de contrôle, la légalité interne et la légalité externe, la nature objective du procès fait à un acte tels qu'Edouard Laferrière les a synthétisés voici seulement 130 années – et d'en recevoir une écoute tout à fait inconcevable dans le Landerneau communautaire par son intensité et sa clarté d'oreille. Ce n'est pas tous les jours que l'on peut voir se mettre en place, sous l'impulsion de Mario Monti, en réaction intelligente à une série d'arrêts de 2002 annulant des décisions portant interdiction de concentrations, une pratique administrative de l'Union fondée sur le renforcement de la capacité d'analyse économique de la Commission, l'évaluation collective au service de l'impartialité et la déconcentration – ou la décentralisation – des pouvoirs. Les premières rencontres d'autorités nationales de la concurrence au sujet de la mise en œuvre du règlement n° 1/2003, je me souviens de celle de Nice en mai 2006, mettaient en évidence, avec beaucoup d'optimisme, les bienfaits du travail en réseau, préfigurant des modalités de régulation dans l'Union qui se sont développées depuis dans d'autres secteurs de la vie économique, et qui inspirent par exemple les négociations actuelles sur l'union bancaire.

Un des enjeux de cette période, qui a selon moi un intérêt au-delà de l'anecdote, est celui de la spécialisation du contrôle juridictionnel. La création d'une juridiction spécialisée de l'Union a été revendiquée par des groupes d'intérêt et des professionnels qui n'ont pas eu gain de cause. La justification de cette demande était d'avoir une intervention judiciaire mieux au fait des spécificités de la matière, et donc plus proche des milieux intéressés, plus prévisible, plus réaliste et, peut-être, plus rapide. Réduire l'aléa judiciaire, comme l'expliquait l'argumentaire de la *Confederation of British Industries*, toujours au créneau du *lobbying*. En effet, la plupart des acteurs juridictionnels de mon époque au Tribunal, qui ont fait, consciemment ou non, le choix du contrôle matériel, et non seulement formel, des appréciations économiques n'avaient, à la différence de Marie-Dominique Hagelsteen, aucune compétence personnelle particulière en économie ou même en droit de l'économie. Cela a été une démarche de purs et simples généralistes, exception faite des considérations sommaires que comporte le cursus élémentaire de droit matériel de l'Union. Non seulement cela, mais parmi les censeurs de la Commission perçus par les avocats des entreprises en cause comme leurs alliés, la plupart n'avaient spontanément aucune formation ni aucune disposition spéciale les portant à la sympathie pour le monde de l'industrie et des affaires.

Je dois dire qu'étant convié, vers le début de mes fonctions de juge, à intervenir à l'invitation de Noëlle Lenoir à une émission sur BFM Radio portant, je crois me souvenir, sur le contrôle communautaire des concentrations, j'ai eu à l'époque le sentiment très fort, en me sentant tenu de chanter un tant soit peu les louanges de l'économie de marché, de jouer un rôle de composition. Je ne pense pas avoir été en cela dans une situation bien exceptionnelle : la formation des cadres administratifs n'est pas ou n'était pas alors fondée en France sur le culte de l'initiative privée, et le traité constitutionnel européen qui a été repoussé pendant cette période, de droite comme de gauche, l'a sans doute été pour des motifs ayant à voir avec le refus de prêter valeur de principes fondamentaux intangibles à des modalités

d'organisation de l'économie (droit d'entreprendre et liberté du commerce) qui ne sont ni plus ni moins que le produit d'un choix politique. Le peuple souverain n'a pas reconnu la libre entreprise comme une règle immanente et sacro-sainte. C'est au moins autant cela que l'effacement de l'État national qui a été refusé par le référendum français de 2005. Pourquoi les porte-paroles du peuple dans les cours de justice devraient-ils se prosterner devant une idole déconsacrée par les fidèles eux-mêmes?

Bien sûr, on peut être sommelier et abstinent, garagiste et piéton, chantre et mécréant. Les clercs agnostiques font les meilleurs clercs, n'était-ce leur propension à une certaine intransigeance dogmatique. Si on applique avec souplesse ce dont on a l'intelligence ressentie, on applique avec rigueur ce dont on n'a qu'une compréhension extérieure. Ce pourquoi, je l'avoue, je me serais senti très mal à l'aise en situation de devoir imposer aux entreprises, dont je n'ai pas une perception familière, des refus, des amendes ou des engagements comportementaux. Qui aime bien châtie bien ; qui aime moins châtie sans discernement et le plus souvent – par prudence – trop peu. Contrôler le castigateur, c'est tout autre chose et, de mon point de vue étatiste, je pouvais avec conscience sereine donner gain de cause aux représentants d'intérêts privés qui n'étaient, ni de près ni de loin, ceux de mes amis.

Entendons nous bien. Je ne voudrais pas non plus donner l'impression d'être quelqu'un qui rêve la nuit d'économie administrée. On peut avoir ses réserves sur le fait de savoir si la somme – même régulée – des intérêts individuels tend vers un optimum collectif. Mais les attributions de postes en entreprises sur des bases politiques ou corporatistes, les arrangements de banquets d'anciens élèves, les interventions et les influences, tous ces clichés qui ne sont pas l'apanage d'ailleurs de l'économie d'État, sont assurément détestables pour un secteur public qui ne peut avoir d'autre justification sérieuse que la vertu, c'est-à-dire la force morale et le talent mis au service du bien public. Si le désengagement de l'État comme acteur économique a été bénéfique à l'économie, je ne saurais le dire. Mais qu'il l'ait été à l'État, du point de vue de la rigueur morale, est plus facile à établir. L'impartialité irréprochable de la puissance publique est un devoir absolu qui impose la séparation de ses fonctions régulatrices de toute action d'administration, de gestion ou de soutien. Le choix entre le marché et l'État comme idées et comme terrains d'investissement culturel relève naturellement, pour ces raisons et d'autres plus prosaïques, d'un paysage mythologique suranné. Mais on vit toujours une époque avec les réflexes hérités d'une autre. C'est pourquoi il convient de s'observer et de se maîtriser, d'aller parfois contre son courant naturel, ce qui est particulièrement difficile si l'on est trop pris par le sujet dont on traite. C'est pourquoi il reste à voir, dans ces conditions, si des juges experts de la concurrence, sans doute moins grincheux et mieux disposés que les généralistes, mais nourris des *a priori* et des préjugés de la discipline et soumis aux pressions du sérail, auraient eu la légèreté, un peu irresponsable, de faire le saut des années 2000, inspiré par la systématique des voies de recours dans l'Union, et non par la perception d'une opportunité conjoncturelle.

En tout cas, le choix de la spécialisation des juges n'a pas été fait, en raison du caractère finalement épars des règles regroupées sous le vocable pluriel de concurrences, en raison aussi de la défense par la Commission de ses prérogatives qu'un juge trop intrusif aurait probablement émoussées, en raison enfin de la volonté de la Cour de ne pas se départir de ce qui, pour être une épine de sa couronne, est aussi un joyau à son sceptre.

Le même choix n'a pas été fait, il est amusant de le signaler, dans la matière de la propriété industrielle, plus étroitement tenue semble-t-il par la profession. Marques et brevets. Les avocats des marques et les professeurs de la discipline ont souffert de l'irruption de la Cour de justice qui a, dès l'abord, appliqué aux concepts et aux opérations caractéristiques de cette branche du droit ses propres méthodes, sans attacher trop d'attention aux habitudes préexistantes, pourtant constituées en une doctrine assez rigide. Les brevets, qui sont venus ensuite, étaient bien évidemment un plus gros poisson et – en mesurant mon commentaire sur la légalité d'actes qui sont actuellement au contentieux – je noterai comme une évidence que la leçon des marques a été entendue dans le brevet par les puissances en place, organisées autour de l'Office européen des brevets de Munich, qui ont efficacement conduit leur bataille pour que la protection unitaire du brevet dans l'Union soit garantie par une entité juridictionnelle créée par un traité intergouvernemental ne prévoyant aucun rôle pour la Cour de justice. Si tout se passe selon ce plan, les spécialistes conserveront le dernier mot. Certes, les enjeux sont trop coûteux, les déterminations trop complexes pour que l'on puisse se permettre des fantaisies. Beaucoup plus complexes, beaucoup plus lourds de conséquences que l'*antitrust* et l'*anti-dumping* ? Je vous laisse juges. On peut tirer une distinction de ce que la concurrence, dans ses différentes branches, est une politique publique conduite dans l'intérêt général, alors que les règles de la propriété industrielle visent à protéger le patrimoine d'opérateurs privés. Mais je reste à convaincre que cette différenciation soit d'une rigueur parfaite.

J'évoquerai avant de conclure, juste de manière allusive, deux sujets, parmi les développements actuels du droit de l'Union auxquels je suis mêlé, qui concernent à mon avis les spécialistes de la concurrence – puisqu'ils ne se sont pas, comme d'autres, enfermés dans leur guérite et qu'ils ne nient pas toute pertinence aux événements juridiques généraux ou voisins.

Mon premier point est pour signaler que l'apparition progressive d'un droit pénal de l'Union met de plus en plus en question la notion d'autonomie procédurale des États membres. L'évolution est beaucoup plus rapide que l'on aurait pu l'imaginer. Des propositions législatives actuellement en discussion dans le domaine marché intérieur/justice prescrivent aux États membres de prévoir que certains comportements seront sanctionnés par des mesures pénales – entendues au sens organique – infligées par des autorités judiciaires pénales qualifiées comme telles. D'autres propositions entendent dicter que les sanctions – en l'occurrence amendes d'un montant maximum très élevé – soient imposées par des autorités administratives qualifiées comme telles. Nous partions d'un état du droit dans lequel la terminologie de l'Union devait s'entendre de façon homogène et non par renvoi au droit des États. Par conséquent « pénal » devait s'entendre de manière uniforme, en tant qu'élément du droit de l'Union, comme visant une mesure

ayant un objet répressif, supposant la mise en œuvre de certaines garanties et permettant l'application de peines d'une certaine gravité – sans pour autant supposer l'intervention d'autorités qualifiées de pénales dans le droit de chaque État. Et de même, en regard, pour le vocable d'« administratif ». L'état du droit n'est plus celui-là. Bien sûr le contentieux des amendes de concurrence est protégé de cette évolution par le caractère spécial des règles qui l'organisent. Mais il s'agit du type d'effet qui est par nature un effet trans-matières. Si l'on n'admet plus que les règles constitutionnelles ou législatives d'organisation nationale de la justice sont protégées de toute intervention dans le cadre du droit dérivé de l'Union – et manifestement cela n'est plus du tout une chose admise sans discussion – alors on peut penser que le lien entre la nature, voire le *quantum*, des peines et l'organe à même de les prononcer sera fait, y compris à terme pour la concurrence, dans le droit dérivé de l'Union.

Second et dernier thème que je soumets à votre réflexion. C'est celui de l'articulation entre le contrôle des aides d'État et les mesures de recapitalisation d'institutions financières décidées en vue d'assurer la stabilité de l'union économique et monétaire. Parmi les questions que cette articulation soulève, certaines sont posées avec beaucoup d'acuité : le caractère privé de concours financiers alimentant un fonds qui effectue les versements en cause est-il pertinent pour déterminer l'application du régime des aides d'État ? Question plutôt simple à mon avis. Les versements que pourrait effectuer à des opérateurs le mécanisme européen de stabilité, créé par un traité intergouvernemental prévu par l'article 136 paragraphe 3 du TFUE, sont-ils des aides accordées par des États ? Question à mon avis assez simple également concernant sa réponse. La Commission peut-elle effectuer un contrôle impartial de la compatibilité aux traités, en tant qu'aides d'État, de versements qu'elle a proposés ou décidés dans le cadre d'un mécanisme de résolution commun ? C'est un peu moins simple on en conviendra... Enfin, un peu plus compliqué encore, en admettant que les versements effectués par un fonds de résolution de l'Union ne sont pas des aides accordées par les États, mais que ce fonds ne concerne pas les établissements bancaires des États ne participant pas à la supervision commune par la Banque centrale européenne, comment assure-t-on l'égalité dans le marché intérieur pour les banques restant soumises à une autorité de résolution nationale dont les versements peuvent constituer des aides ? Une application par analogie des conditions de compatibilité des aides d'État aux versements d'un fonds de résolution de l'Union est-elle nécessaire, comme la Commission le propose – avec mon soutien – ou bien constitue-t-elle une extension illégale du champ d'application des règles relatives aux aides d'État – comme certains membres du Conseil le soutiennent ? Ces questions, tirées de discussions tenues vendredi dernier dans les instances du Conseil, seulement mentionnées ici pour vous rassurer sur le fait qu'on n'abandonne jamais vraiment un goût pour le droit de la concurrence quand on l'a fréquenté – et même quand on l'a abordé sans prédisposition particulière.

Dans ses années passées au Conseil d'État après sa présidence du Conseil de la concurrence, notre collègue la présidente Hagelsteen a donné l'exemple de cet intérêt soutenu, actif et toujours bienveillant. Je termine, si vous le voulez bien, sur ce souvenir.



Bruno Lasserre

Conseiller d'État, président de l'Autorité de la concurrence,
Modérateur de la table ronde

Merci beaucoup Hubert Legal. Le ton était faussement candide et même plein d'humour mais le propos, vous l'avez remarqué, était profond et particulièrement actuel. Je voulais vraiment te remercier pour cette intervention. Je crois que ce serait dommage de ne pas répondre au moins à une question avant de nous séparer.

Échanges avec les participants

Question générale – Une question très brève. Le développement du contrôle juridictionnel, en particulier du juge administratif français, est-il de basculer dans le plein contentieux ? Mme le professeur Idot parlait du contrôle des engagements. C'est une question délicate. Le juge administratif se situe à la date d'intervention de la décision de l'Autorité. L'Autorité assure la surveillance de l'exécution de l'engagement. Est-il concevable que le juge français, que le juge administratif, exerce un jour un contrôle de plein contentieux ?

Bruno Lasserre

Ce qui me frappe, c'est l'irruption de ce fameux droit souple, que le juge européen, au nom des principes de sécurité juridique et de confiance légitime, a plutôt encouragé la Commission européenne à prendre en considération. Le Conseil d'État, avec sa jurisprudence *Crédit Foncier de France*¹⁶⁷, née justement à propos d'organes collégiaux intervenant dans le domaine économique, a également canalisé et encouragé cette évolution. Je pense que le droit souple constitue un formidable moyen pour le juge d'étendre et d'intensifier son contrôle. En contrepartie de la liberté, de la discrétion qu'il donne à l'autorité de concurrence pour publier sa doctrine, le droit souple donne des indications quant à la manière dont, à l'avenir, l'autorité qui l'a publié va traiter des cas individuels. En cas de contentieux, le juge peut rappeler à cette autorité qu'elle est tenue à l'application uniforme et égalitaire de cette doctrine et peut contrôler le droit souple. Je prends pour exemple le contrôle de la sanction. C'est vrai qu'en cette matière, le juge dispose théoriquement d'un pouvoir de plein contentieux, de réformation de la sanction. Il peut recalculer la sanction en fonction de sa propre appréciation. Mais sur une sanction de plusieurs centaines de millions d'euros, comment le juge peut-il substituer son appréciation à celle de l'autorité administrative sur l'ensemble des critères que cette dernière a mis en œuvre ? Le juge est embarrassé. Nous avons maintenant publié, et la cour d'appel ne s'est pas encore prononcée sur des affaires dans lesquelles nous les avons appliquées, des lignes directrices. Nous employons le terme de « communiqué » sur les sanctions. Il s'agit d'une directive au sens de la jurisprudence *Crédit Foncier de France*, dans lequel nous énonçons, étape par étape, comment nous allons calculer la sanction en détaillant notre raisonnement. C'est un formidable moyen pour le juge, comme le tribunal de première instance

167. CE, sect., 11 décembre 1970, n°78880, Rec. p. 750



l'a fait, de contrôler étape par étape si la Commission ou l'autorité nationale a respecté la directive qu'elle a publiée. Et l'on voit – mais c'est un problème de terminologie – peut-être un contrôle de plein contentieux devenir en réalité un contrôle d'excès de pouvoir portant sur le respect, étape par étape, des critères publiés par l'autorité elle-même dans le respect de la loi. Mais, en réalité, ce contrôle est beaucoup plus étendu parce qu'il suffit d'un désaccord sur l'interprétation de la règle de droit pour que le juge reconstitue le raisonnement et en réalité impose le dernier mot. Je crois qu'il ne faut pas s'arrêter à ces grandes catégories plein contentieux ou excès de pouvoir. Je crois qu'en réalité, et Christophe Lemaire sera peut-être d'accord, ce mouvement d'extension est gagnant-gagnant. Il est gagnant pour l'Autorité, il est gagnant pour les entreprises qui ont des règles plus prévisibles, mais aussi gagnant pour le juge qui va pouvoir exercer un contrôle assis sur des normes beaucoup plus précises et détaillées.

Hubert Legal

La question s'est posée évidemment dans les délibérés du Tribunal dans les années où j'y étais. Je n'étais nullement convaincu pour ma part qu'un basculement généralisé vers le plein contentieux était inévitable ou nécessaire pour avoir un contrôle qui soit suffisamment approfondi. Il y a deux manières d'aborder l'exercice des pouvoirs de plein contentieux sur le montant des amendes. C'est soit de dire « je détecte une illégalité quelconque dans la décision sur laquelle on travaille, donc cela m'investit d'un droit de reprendre l'intégralité de la décision y compris sur les aspects sur lesquels aucune illégalité n'a été détectée », c'est-à-dire de déclencher un mécanisme sur la base duquel le juge se substitue à l'Autorité qui a pris la décision dans tous ses pouvoirs. Personnellement, ceci me paraît absolument inutile et ne contribuant pas du tout à l'effectivité du contrôle juridictionnel. Bien entendu, cela peut être critiqué en disant qu'on veut limiter les pouvoirs du juge. Je ne crois pas que ce soit le cas. Évidemment il y a le cas, sur le montant des amendes, où la publication de lignes directrices ou d'actes – qui sont des directives au sens classique de la jurisprudence Crédit Foncier de France – par lesquels l'Autorité encadre volontairement, de manière publiée et destinée à créer des effets de droits, l'exercice de son contrôle. Dans ce cas là, les requérants sont habilités à contester la manière dont l'Autorité a appliqué les règles qu'elle s'est données à elle-même, pour autant que le juge ne les ait pas déclarées illégales. Bien entendu, le juge ne peut pas sanctionner le droit souple car ce n'est pas un acte qui a des effets de droit, il ne peut pas les annuler. En revanche, il peut contrôler la façon dont l'Autorité les exécute, pour autant que ces lignes directrices n'aient pas été écartées comme étant contraires au droit. Si le juge les applique, c'est qu'il en admet implicitement la légalité. C'est un raisonnement de type contrôle de légalité sur les différents éléments contenus. Maintenant, il est vrai que, si l'on doit fixer le montant de l'amende avec des lignes directrices qui laissent une très large marge de manœuvre sur les critères mis en œuvre, il y a là un rôle de pleine juridiction qui est inévitable. Je crois que l'efficacité du contrôle, c'est-à-dire l'utilisation optimale des moyens dont dispose la juridiction, consiste à circonscrire son champ d'action, à se concentrer sur les analyses économiques et à avoir une autolimitation de manière à pouvoir agir sur ce qui est important et sur quoi le juge peut ajouter quelque chose dans le contrôle global.

Bruno Lasserre

*Conseiller d'État, président de l'Autorité de la concurrence,
Modérateur de la table ronde*

Ces débats pourraient se prolonger tant les interventions les ont stimulés. Je voulais réellement remercier du fond du cœur les intervenants pour leurs exposés très riches et particulièrement intéressants. Je voulais tous vous remercier pour vous être réunis à l'invitation du Conseil d'État et de l'Autorité de la concurrence. À vous tous qui avez peut être connu, aimé, admiré et travaillé avec Marie-Dominique Hagelsteen, je voudrais simplement, en conclusion, dire qu'avec sa personnalité si attachante et si lumineuse, j'avais l'impression qu'elle était parmi nous pendant toute cette matinée, et je vous remercie d'avoir fait souffler cet esprit qui a animé nos échanges.



Annexes





Annexe 1 – Articles du code du commerce cités dans les débats

Article L. 462-4 [avis de l’Autorité de la concurrence]

Introduit par l’article 97 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l’économie et modifié par l’ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence

L’Autorité de la concurrence peut prendre l’initiative de donner un avis sur toute question concernant la concurrence. Cet avis est rendu public. Elle peut également recommander au ministre chargé de l’économie ou au ministre chargé du secteur concerné de mettre en œuvre les mesures nécessaires à l’amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés.

Article L. 464-2 IV [clémence]

Introduit par l’article 73 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques et modifié par la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer

Une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d’autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l’article L. 420-1 s’il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d’information dont l’Autorité ou l’administration ne disposaient pas antérieurement. A la suite de la démarche de l’entreprise ou de l’organisme, l’Autorité de la concurrence, à la demande du rapporteur général ou du ministre chargé de l’économie, adopte à cette fin un avis de clémence, qui précise les conditions auxquelles est subordonnée l’exonération envisagée, après que le commissaire du Gouvernement et l’entreprise ou l’organisme concerné ont présenté leurs observations ; cet avis est transmis à l’entreprise ou à l’organisme et au ministre, et n’est pas publié. Lors de la décision prise en application du I du présent article, l’Autorité peut, si les conditions précisées dans l’avis de clémence ont été respectées, accorder une exonération de sanctions pécuniaires proportionnée à la contribution apportée à l’établissement de l’infraction.

Article L. 464-3 [sanction pécuniaire pour non-respect des injonctions ou engagements]

Article 14 de l’ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, modifié par l’ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence

Si les mesures, injonctions ou engagements prévus aux articles L. 464-1 et L. 464-2 ne sont pas respectés, l’Autorité peut prononcer une sanction pécuniaire dans les limites fixées à l’article L. 464-2.





Annexe 2 – Liste des principaux textes cités dans les débats

Textes européens

- Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JOUE* L 1 du 4 janvier 2013
- Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOUE*, n° L 34, 29 janvier 2004
- Lignes directrices du 1er avril 2008 concernant les aides d'État à la protection de l'environnement, *JOUE*, n° C 82 du 1er avril 2008
- Communication de la Commission concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 du TFUE, *JOUE*, n° C 308, 20 octobre 2011

Textes législatifs

- Ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, *JoRf* du 8 juillet 1945
- Loi n° 63-628 du 2 juillet 1963 de finances rectificatives pour 1963, *JoRf* du 3 juillet 1963 (interdiction de la revente à perte)
- Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, *JoRf* du 30 décembre 1973, dite Loi Royer
- Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JoRf* du 9 décembre 1986
- Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, *JoRf* n° 153 du 3 juillet 1996, dite Loi Galland
- Loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat, *JoRf* n° 156 du 6 juillet 1996, dite Loi Raffarin
- Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JoRf* n° 113 du 16 mai 2001, dite Loi NRE
- Ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 portant adaptation de certaines dispositions du code de commerce au droit communautaire de la concurrence, *JoRf* n° 258 du 5 novembre 2004
- Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, *JoRf* n° 179 du 3 août 2005, dite Loi PME
- Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, *JoRf* n° 3 du 4 janvier 2008, dite Loi Chatel

- Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JoRf* n° 181 du 5 août 2008, dite loi LME
- Projet de loi relatif à la consommation du 2 mai 2013, dit projet de réforme Hamon
- Projet de loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové du 26 juin 2013, dit projet de loi ALUR

Textes de l'Autorité de la concurrence

- Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations du 10 juillet 2013
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ld_concentrations_juill13.pdf
- Communiqué de procédure du 11 avril 2006 relatif au programme de clémence français
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cpro_clemence.pdf
- Communiqué du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cpro_autorite_2mars2009_engagements_antitrust.pdf
- Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/communiqué_sanctions_concurrence_16mai2011_fr.pdf
- Communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/communiqué_ncg_10fevrier2012.pdf
- Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/document_cadre_conformite_10_fevrier_2012.pdf



Annexe 3 – Contrôle des concentrations : textes et jurisprudences

Textes

1. Droit de l'Union européenne

- Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOUE*, n° L 34, 29 janvier 2004, art. 6 et 8
- Règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant la mise en oeuvre du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOUE*, n° L 133, 30 avril 2004, chap. VI, art. 18 et 20
- Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission (2008/C267/01), *JOUE*, n° C 267, 22 octobre 2008
- *DG Competition, Best Practices on the conduct of EC Merger control proceedings, 6. Remedies discussion*, pts 40 et s.
- *Commission's Model Texts for Divestiture Commitments and the Trustee Mandate under the EC Merger control*

2. Droit français

- Code de commerce, art. L. 430-5, L. 430-7 et L. 430-8
- Autorité de la concurrence, Lignes directrices révisées relatives au contrôle des concentrations, 10 juillet 2013, v. pts 4G.7, 4H et 4J, 5.N, et les annexes F et G, sur les modèles d'engagements de cession et de contrat type de mandat
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ld_concentrations_juill13.pdf

Jurisprudences

1. Union européenne

- TPICE, 27 novembre 1997, T-290/94, *Kaysersberg / Commission*
- TPICE, 3 avril 2003, T-342/00, *Petrolessence et SG 2 R/Commission*
- TPICE, 3 avril 2003, T-114/02, *Babyliss /Commission*
- TPICE, 30 septembre 2003, T-158/00, *ARD/Commission*
- TPICE, 21 septembre 2005, T-87/05, *EDP/Commission*
- CJCE, GC, 15 février 2005, C-12/03 P, *Commission c/ Tetra Laval*
- TPICE, 23 février 2006, T-282/02, *Cementbouw Handel/Commission* et sur pourvoi, CJCE, 18 décembre 2007, C-202/06 P



- TPICE, 19 juin 2009, T-48/04, *Qualcomm/Commission*
- Trib. UE, 6 juillet 2010, T-342/07, *Ryanair/Commission*
- Trib. UE, 13 septembre 2010, 2 arrêts, T-452/04 et T-452/04, *Editions Odile Jacob /Commission* et sur pourvoi, CJUE (GC), 6 novembre 2012, 2 arrêts, C-551/10 P, *Editions Odile Jacob*, aff. jtes C-553/10 P, *Commission c/ Editions Odile Jacob* et C-554/10 P, *Lagardère c/ Editions Odile Jacob*
- Trib. UE, 21 septembre 2012, T-501/10, *Telecom Italia Broadcasting/Commission*

2. France

- CE, 9 avril 1999, *Interbrew*, n° 191654
- CE, 9 avril 1999, *The Coca Cola company*, n° 201853
- CE, sect., 6 février 2004, *Société Royal Philips Electronic et autres*, n° s 249262-252297-252350-252809
- CE, 23 décembre 2010, 2 arrêts, *Sarl Bric'Oléron*, n° 338594, et *Mr Bricolage*, n° 337533 (v. égal. CE (2 ord.), 26 mai 2010, n° 338595 et 338596)
- CE, 30 décembre 2010, *Métropole Télévision*, n° 338197
- CE, 23 décembre 2013, *Société Métropole Télévision - Société Télévision Française 1*, n° 363702 et 363719.

Affaire Canal Plus :

- Aut. Conc., décision n° 11-D-12 du 20 septembre 2011 (déc. retrait autorisation, déc. ministre économie, 30 août 2006) et sur recours, CE, 21 décembre 2012, n° 353856
- Aut. Conc. décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012, et sur recours CE, 21 décembre 2012, n° 362347, 363542, 363703



Annexe 4 – Droit des pratiques anticoncurrentielles : textes et jurisprudences

Textes

1. Droit de l'Union européenne

- Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JOCE*, n° L 1, 4 janvier 2003, art. 9 (pour la Commission) et 5 (pour les ANC)
- Communication de la Commission européenne sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du Traité CE, *JOCE* n° 101, 27 novembre 2004, p. 54
- Communication de la Commission concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 du TFUE, *JOUE*, n° C 308, 20 octobre 2011, chap. 4 « procédures d'engagements »

2. Droit français

- Code de commerce, art. L. 462-3, L 464-2 et R. 464-2

Autorité de la concurrence :

- Communiqué du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cpro_autorite_2mars2009_engagements_antitrust.pdf
- Communiqué de procédure du 11 avril 2006 relatif au programme de clémence français
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cpro_clemence.pdf
- Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/communiqué_sanctions_concurrence_16mai2011_fr.pdf
- Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/document_cadre_conformite_10_fevrier_2012.pdf
- Communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/communiqué_ncg_10fevrier2012.pdf

Jurisprudences

1. Union européenne

- CJCE, 21 février 1973, aff. 6/72, *Europemballage corporation et Continental Can co Inc. c/ Commission européenne*, Rec. p. 215
- CJCE, 11 juillet 1985, C-42/84, *Remia e.a. c/ Commission*, Rec. p. 2545
- CJCE, 14 décembre 2000, C-344/98, *Masterfoods*, Rec. p. I-11369
- CJCE, 20 septembre 2001, C-453/99, *Courage Ltd contre Bernard Crehan et Bernard Crehan c/ Courage Ltd et autres*, Rec. p. I-6297
- CJCE, 13 juillet 2006, C-295/04 à C-298/04, *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA et autres c/ v Assitalia SpA*, Rec. p. I-6619
- TPICE, 11 juillet 2007, T-170/06 et sur pourvoi, CJUE (gr ch.), 29 juin 2010, C-441/07 P, *Commission c/Alrosa*, Rec. p. I-5949

2. France

- Décision n° 06-D-29 du 6 octobre 2006, *GIE Les Indépendants*, CA Paris, 6 novembre 2007 ; Cass. com, 4 novembre 2008, sur renvoi, CA Paris, 6 octobre 2009, CA Paris, 1^{er} juin 2010
- Décision n° 07-D-22 du 5 juillet 2007, *affaire des grossistes répartiteurs*, CA Paris, 26 novembre 2008, Cass. com, 2 février 2010



Annexe 5 – Illustration du droit souple : l'expérience de l'Autorité de la concurrence

1. Jurisprudence et pratique décisionnelle

Arrêts du Conseil d'État rendus dans le cadre de recours contre des avis sur saisine d'office de l'Autorité de la concurrence

- CE, 11 octobre 2012, *Société Casino Guichard*, n° 357193
- CE, 11 octobre 2012, *Centres Edouard Leclerc (GALEC) et ITM*, n° 346378 et n° 346444
- CE, 17 juillet 2013, *Comité des constructeurs français d'automobiles et autres*, n° s 360100, 364354

Arrêts du Conseil d'État relatifs à la portée de certains instruments de *soft law*

- CE, 11 décembre 1970, *Crédit Foncier de France c. Demoiselle Gaupillat et Dame Ader*, Rec. 750
- CE, 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, Rec. 463
- CE, 3 mai 2011, *Société Voltalis*, n° 331858

Pratique décisionnelle de l'Autorité et jurisprudence

a. Illustrations de l'utilisation de la *soft law* européenne par le Conseil et l'Autorité de la concurrence en l'absence d'application du droit de l'Union européenne

Avant 2000

- Décision n° 99-D-45 du 30 juin 1999 relative à des pratiques constatées dans le secteur du jouet

2000 : l'apparition du concept de «guide d'analyse utile»

- Décision n° 00-D-82 du 26 février 2001 relative à des pratiques relevées dans le secteur des glaces et crèmes glacées industrielles sur le marché de l'impulsion

Après 2000

- Décision n° 05-D-32 du 22 juin 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par Royal Canin et son réseau de distribution
- Décision n° 08-D-03 du 21 février 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par la fédération nationale des odes de France et le réseau Bienvenue à la ferme
- Décision n° 04-D-64 du 30 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution d'appareils électrodomestiques
- Communication sur la définition du marché pertinent

- Décision n° 99-D-45 du 30 juin 1999 relative à des pratiques constatées dans le secteur du jouet

b. Illustration de l'utilisation de la *soft law* européenne par la cour d'appel de Paris

- CA Paris, 29 juin 2004, *SARL Marcout Soulhol* (recours contre la décision n° 03-D-60 du 17 décembre 2003 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'horlogerie de luxe)

c. Illustration de l'utilisation de la *soft law* par le juge de droit commun

- TGI de Strasbourg, 3 mai 2004, *Kronembourg/SA J-C Chiriaux*

- TGI de Strasbourg, 4 février 2005, *Kronembourg/SARL JBEG*

- Tribunal de commerce de Paris, 31 janvier 2012, *Société Bottin Cartographes c. Société Google France et Société Google Inc.*

- Cour d'appel de Poitiers, 31 mars 1993, *Gauvin c. Société commerciale automobile du Poitou*

2. Avis rendus sur saisine d'office de l'Autorité de la concurrence

Avis en cours

- Décision n° 13-SOA-02 du 26 février 2013 relative à une saisine d'office pour avis concernant le fonctionnement concurrentiel du marché du transport interrégional régulier par autocar

- Décision n° 13-SOA-01 du 25 février 2013 relative à une saisine d'office pour avis portant sur le secteur de la distribution pharmaceutique

Avis publiés

- Avis n° 12-A-21 du 8 octobre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel des secteurs de la réparation et de l'entretien de véhicules et de la fabrication et de la distribution de pièces de rechange (décision n° 11-SOA-01 du 30 juin 2011 relative à une saisine d'office pour avis relatif au fonctionnement concurrentiel des secteurs de la réparation et de l'entretien de véhicules et de la fabrication et de la distribution de pièces de rechange)

- Avis n° 12-A-20 du 19 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique (décision n° 11-SOA-02 du 1^{er} juillet 2011 relative à une saisine d'office pour avis portant sur le secteur du commerce électronique)

- Avis n° 11-A-02 du 20 janvier 2011 relatif au secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne (décision n° 10-SOA-03 du 15 septembre 10 relative à une saisine d'office pour avis portant sur le secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne)

- Avis n° 10-A-25 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats de « management catégoriel » entre les opérateurs de la grande distribution à dominante alimentaire et certains de leurs fournisseurs (décision n° 10-SOA-02 du 19 mars 2010 relative à une saisine d'office pour avis portant sur les contrats de « management catégoriel »)

entre les opérateurs de la grande distribution alimentaire et certains de leurs fournisseurs)

- Avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire (décision n° 10-SOA-01 du 25 février 2010 relative à une saisine d'office pour avis portant sur les contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire)

- Avis n° 10-A-13 du 14 juin 2010 relatif à l'utilisation croisée des bases de clientèle (décision n° 09-SOA-02 du 14 décembre 2009 relative à une saisine d'office pour avis portant sur l'utilisation croisée des bases de clientèle)

- Avis n° 09-A-55 du 4 novembre 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs (décision n° 09-SOA-01 du 18 mai 2009 relatif à une saisine d'office pour avis dans le secteur du transport public terrestre de voyageurs)

3. Éditoriaux et autres textes

- Éditorial de Mme Marie-Dominique Hagelsteen, rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2000

- Éditorial de Mme Marie-Dominique Hagelsteen, rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2001

- Recommandations pour la soumission d'études économiques à l'Autorité de la concurrence, juillet 2013

4. Publication de l'Autorité de la concurrence dans la collection *Déclic : mieux comprendre la concurrence*, La documentation Française

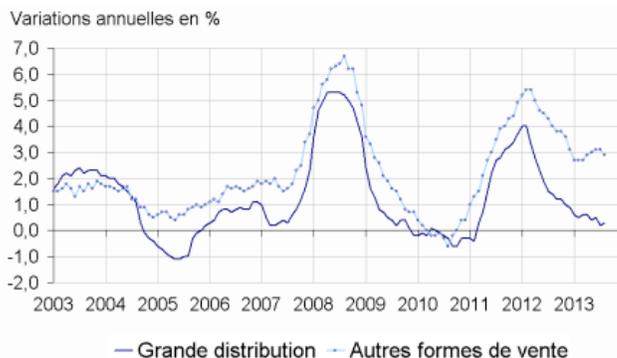
- n° 1 Outre-mer : Dynamiser la concurrence au service de tous

- n° 2 Culture, médias et concurrence



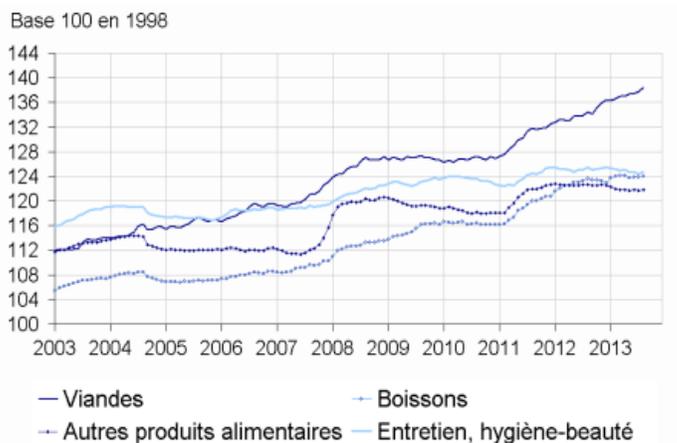
Annexe 6 – Indicateurs économiques et de la consommation

Schéma n° 1 : Indices INSEE des prix des produits de grande consommation



Source : Insee - indices des prix à la consommation

Schéma n° 2 : Évolution des indices des prix des produits de grande consommation dans la grande distribution



Source : Insee - indices des prix à la consommation

Schéma n° 3 : Décisions rendues par la Commission nationale d'aménagement commercial (2009-2013)

	Réunions	Projets examinés	Autorisations	Refus	Recours recevables	Avis L. 752-4
2013	11 (janv.-juin)	149	90 (61 %)	57 (39 %)	1	0
2012	19	275	183 (68 %)	87 (32 %)	3	2
2011	21	263	196 (78 %)	55 (22 %)	4	4
2010	18	218	145 (74 %)	51 (26 %)	5	4
2009	12	180	113 (69 %)	50 (31 %)	2	12

Source : J.A. Fresneau, « La législation de l'urbanisme commercial, Contribution critique à l'état des lieux », Gazette du Palais, 10 septembre 2013, n° 253, p. 7





Annexe 7 – Bibliographie indicative

Rapport

HAGELSTEEN M.-D., La négociabilité des tarifs et des conditions générales de ventes, Rapport au ministre de l'économie, des finances et de l'emploi, 1998, rapport disponible sur Internet à l'adresse suivante : http://www.dgcis.gouv.fr/files/files/archive/www.pme.gouv.fr/essentiel/loimodernisationeco/doc/rapport_hagelsteen080211.pdf

Thèses

BLANC F., Les engagements dans le système français des concentrations, thèse, Univ. Paris II, nov. 2012 (sous la dir. d' Y. Gaudemet).

SOFIANATOS G. A., Injonctions et engagements en droit de la concurrence. Etude de droit communautaire français grec, préf. Lucas de Leysac, LGDJ, Bibl. droit privé, t. 506, 2009.

Ouvrages collectifs, colloques, journées d'études, séminaires

FRISON-ROCHE M.-A. (dir.), Les engagements dans les systèmes de régulation, Presses de sc. po./Dalloz, Thèmes et commentaires, coll. Droit et économie de la régulation, 2006.

« Remèdes et engagements dans le nouveau contrôle des concentrations », Concurrences, 2009, n° 2, www.concurrences.com.

Tendances, *auctores varii* « Le respect des engagements pris devant les autorités de concurrence », Concurrences, 2012, n° 1, p. 12.

« Remèdes et contrôle des concentrations : Efficacité, suivi et respect des engagements », Concurrences, 2012, n° 3, www.concurrences.com.

Articles, notes

BAZEX M., « La nature juridique des engagements en matière de concurrence », CCC, 2008, comm. 274.

DECOCQ G., « Les engagements, forme moderne de l'interventionnisme ou le retour de l'ordre public de direction », JCP E, 2004. 1882.

D'ORMESSON O., KERJEAN S., « Le développement de la pratique des engagements en matière de contrôle communautaire des concentrations », RTD eur., 1998. 479.

GLASER E., « Les méthodes du contrôle du juge administratif en matière de concentrations », RLC, 2009, n° 18, p. 169.

HUBERT P., « Contrôle des concentrations et juge administratif français », RLC, 2005, n° 4, p. 14.

IDOT L. « Nouvel épisode dans les affaires Seb/Moulinex et Total/FINA/ELF ou comment le Tribunal exerce son contrôle sur les décisions de renvoi et les décisions relatives aux engagements », Europe, 2003, n° 7, p. 7.

IDOT L., MOMÈGE Ch., « Le rôle clef des engagements en matière de contrôle des concentrations : réflexions sur l'évolution de la pratique », Rev. Lamy dr. des affaires, suppl., avril 2001, p. 5.

IDOUX P., « La sanction des engagements dans le cadre du contrôle des concentrations », RJEP, mars 2012, p. 10.

LASSERRE B., « Remedies and Sanctions for Unlawful Unilateral Conduct: The French experience », 34th Annual Conference on International Antitrust, Fordham, 2007.

« Le rôle de l'Autorité de la concurrence en matière de détermination des remèdes et engagements concentrations », Concurrences, 2009, n° 2, p. 6.

« Trois ans de contrôle des concentrations par l'Autorité de la concurrence : Bilan et perspectives », Concurrences, 2012, n° 3, p. 47.

MOUY N., « Le suivi de l'exécution des engagements dans les concentrations françaises. Le rôle du Conseil de la concurrence dans le suivi des engagements concentration », Concurrences, 2007, n° 2, p. 35.

Comité de rédaction

Responsable de la publication :

Christian Vigouroux, président de la section du rapport et des études

Conception et réalisation :

Jacky Richard, conseiller d'État, rapporteur général, président adjoint de la section du rapport et des études,

Corinne Mathey, secrétaire de la section du rapport et des études

Secrétaires de rédaction :

Corinne Mathey,

Anne Fontanille, collaboratrice du rapporteur général à la section du rapport et des études

Crédits photos, conseil graphique : direction de la communication

