

Les Entretiens du Palais-Royal
Quels contrôles pour les concentrations d'entreprises ?
Bilans, actualité et perspectives

20 juin 2008

Introduction de Jean-Marc Sauvé
Vice-président du Conseil d'Etat

Madame la Commissaire,

Mesdames, Messieurs les Présidents et les Bâtonniers,

Mesdames, Messieurs, mes chers collègues,

Je vous remercie d'avoir répondu à l'invitation du Conseil d'Etat pour cette nouvelle édition des Entretiens du Palais-Royal. Le plaisir que j'ai de vous accueillir, je le partage avec les instances qui organisent avec nous ce colloque et que je remercie de leur engagement à nos côtés : le Conseil de la concurrence ; la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ; l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ; l'Ordre des avocats au barreau de Paris et la revue Lamy de la concurrence qui retranscrira et publiera nos débats.

J'adresse aussi de chaleureux remerciements à toutes les personnalités qui ont accepté de participer à ces Entretiens et de partager avec nous leurs expériences, leurs analyses et leurs propositions, en particulier Mesdames les présidents Anne Perrot, Marie-Dominique Hagelsteen et Messieurs les présidents Bruno Lasserre et Emmanuel Piwnica qui présideront respectivement les quatre tables rondes de la journée, Madame le professeur Idot qui conclura ces Entretiens ainsi que les participants aux tables rondes.

Je tiens aussi à vous adresser nos très chaleureux remerciements, Madame la Commissaire, pour avoir bien voulu accepter d'ouvrir ces Entretiens et nous faire bénéficier de vos réflexions sur un sujet -le contrôle des concentrations d'entreprises- qui est au cœur de votre mission de membre de la Commission européenne. Je ne doute pas en particulier que vous ne nous aidiez à prendre la mesure des enjeux d'un sujet en mutation qui est économiquement et juridiquement majeur. Votre présence parmi nous est d'autant plus appréciée que la question du contrôle des concentrations fait en France l'objet, après la loi du

19 juillet 1977, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et la loi du 15 mai 2001, d'une nouvelle réforme d'envergure.

I - Après ces justes remerciements, je crois utile d'évoquer brièvement les buts des Entretiens du Palais-Royal.

Ces Entretiens s'inscrivent dans une démarche d'ouverture et de responsabilité. Le Conseil d'Etat dit le droit par ses avis et ses arrêts. Pour autant, l'autorité qui s'attache à ces avis et arrêts ne le dispense pas de rendre compte de l'accomplissement de sa mission à la société et à ses multiples composantes, en particulier les professionnels du droit et les acteurs économiques et sociaux. Notre responsabilité consiste notamment à faire connaître nos décisions et à nous prêter aux questionnements qu'elles peuvent susciter. Les débats auxquels nos travaux peuvent donner lieu ne portent pas atteinte à notre indépendance et, moins encore, à l'autorité de nos décisions. Ils sont plutôt de nature, dans mon esprit, à fortifier l'une et l'autre.

Mais pour qu'ils remplissent pleinement l'objectif d'ouverture qui leur est assigné et nous protègent de tout risque de solipsisme, ces Entretiens ne sauraient être centrés sur le seul Conseil d'Etat et ils doivent aussi nous conduire à débattre du contexte institutionnel, économique ou social dans lequel se déploie son activité.

Ces entretiens répondent aussi à une exigence de qualité de la justice rendue. Dans une société marquée par l'importance croissante des rapports de droit, où la sécurité juridique s'est imposée comme un principe général du droit, l'image d'un juge enfermé dans sa tour d'ivoire est devenue caduque, à supposer qu'elle ait jamais existé.

Pour bien juger ou bien conseiller, il faut correctement analyser et comprendre les réalités que saisit le droit. Il faut aussi les anticiper, afin que les évolutions de la jurisprudence soient à la fois pertinentes et progressives et accompagnent harmonieusement celles de la société, de l'économie ou de la puissance publique. Ces objectifs impliquent qu'un dialogue constructif et suivi se noue entre le Conseil d'Etat et les principaux acteurs dans ses domaines de compétence : les acteurs publics nationaux, les institutions et les juridictions européennes, les opérateurs économiques, les acteurs sociaux, les conseils et la doctrine et, plus largement, l'ensemble des professionnels du droit.

Au fond, pour assumer de manière complète et efficace les missions qui sont les siennes, le juge doit maîtriser les enjeux économiques ou sociaux de toutes natures qui sous-tendent les questions de droit qui lui sont soumises. Il doit aussi faire en sorte que les réponses apportées soient pleinement reçues par leurs destinataires. Les Entretiens du Palais-Royal peuvent utilement concourir à ce que ces objectifs puissent être atteints.

Le premier cycle de ces Entretiens est consacré au droit public économique.

Cette branche du droit occupe en effet une place essentielle dans la vie économique. Tout simplement parce que la puissance publique ou plutôt les puissances publiques ne cessent pas, dans un cadre fixé -rigoureusement- par notre Constitution, les traités européens et la loi, de peser sur la vie économique, de mener des politiques économiques qui s'appuient sur les instruments du droit et de réguler certaines activités à caractère économique. Par conséquent, des pans importants de ces activités sont régis par le droit public, comme le

contrôle des aides publiques ou des concentrations d'entreprises, les contrats de partenariat et les délégations de service public, les contrats et marchés publics, l'exploitation du domaine public, la régulation des services d'intérêt économique général ou encore de secteurs comme la banque ou l'assurance.

Sur tous ces sujets et ces enjeux, le juge administratif a développé une jurisprudence riche et dense dont il convient de rendre compte à l'occasion de la présentation des problématiques de chacun d'entre eux.

II - Dans les Entretiens de ce jour, nous souhaitons aborder le sujet des concentrations d'entreprises. Cette matière est profondément marquée par la législation et la jurisprudence communautaire, mais elle relève aussi, par application du principe de subsidiarité mis en œuvre en dernier lieu par le règlement communautaire 139/2004 du 20 janvier 2004, de la compétence des autorités nationales. Il s'agit donc d'un domaine de compétence partagée qui exige par conséquent une très grande attention à la cohérence entre le dispositif institutionnel et juridique et, notamment la jurisprudence communautaire, d'une part, et le dispositif et la jurisprudence nationale, d'autre part. Cet impératif de cohérence favorise les influences réciproques, comme on a pu le voir avec la prise en compte par la Communauté du test du bilan concurrentiel et économique défini à l'article L 430-6 du code de commerce.

Le contrôle des concentrations est aussi, par les mutations économiques qu'il vise à appréhender, un secteur qui suscite des interrogations renouvelées, moins sur son principe, que sur son efficacité et ses modalités d'exercice dans une économie de plus en plus ouverte, sur les engagements ou les conditions auxquels il subordonne une autorisation ou sur les motifs d'intérêt général permettant de faire échec à un bilan concurrentiel négatif. Sur chacune des étapes et chacun des points-clefs d'un processus de concentration, le contrôle juridictionnel est essentiel : de sa crédibilité et de sa prévisibilité dépend pour une partie non négligeable l'efficacité de la politique en cause.

Enfin, le contrôle des concentrations est, au plan interne, en cours de refondation, puisque la loi de modernisation de l'économie en cours de discussion devrait, on le sait, habiliter le Gouvernement à adopter par voie d'ordonnance un dispositif administratif et institutionnel de type « moniste » aujourd'hui dominant en Europe, en lieu et place du modèle dualiste encore en vigueur aujourd'hui mais qui est assez fortement critiqué pour son manque de clarté et d'efficacité, pour m'en tenir aux deux griefs principaux qui lui sont adressés. Mais, comme on le sait, l'organisation « moniste » qui est envisagée ne devrait pas entièrement dessaisir le ministre chargé de l'économie qui pourrait évoquer les dossiers après la décision de l'Autorité de la concurrence pour certains motifs d'intérêt général de nature à compenser l'atteinte portée à la concurrence par l'opération envisagée.

L'actualité du contrôle des concentrations sur la scène communautaire, comme sur la scène nationale, va nous conduire par conséquent à nous interroger et à débattre au cours de cette journée autour de quatre thèmes :

- le premier concerne l'utilité et l'efficacité du contrôle des concentrations économiques dans l'Union : c'est en quelque sorte la question préalable : y a-t-il lieu de contrôler les fusions d'entreprises ?

- le deuxième thème est relatif à la répartition des compétences et aux modalités d'organisation du contrôle, entre la Communauté européenne et les Etats membres, au sein de la Communauté et en France. Il permettra de s'interroger sur la pertinence générale de la répartition des compétences et du projet en cours de finalisation en France ;
- le troisième thème conduira à débattre des techniques et des procédures de mesure, de contrôle et de prévention des effets anti-concurrentiels des concentrations ;
- enfin, le quatrième thème abordera le rôle du juge des concentrations économiques.

III - On me permettra, à titre de conclusion de mon propos, à moins qu'il ne s'agisse d'avance d'hoirie sur la quatrième table ronde, d'évoquer le rôle du Conseil d'Etat comme juge des concentrations relevant de la compétence nationale.

A. Point n'est besoin de s'étendre longuement sur sa légitimité. Juge de la puissance publique, il a démontré sa capacité à contrôler les décisions de l'administration, y compris les plus délicates, avec sérénité, fiabilité et efficacité. Parmi tant d'autres, sa décision du 10 avril 2008 sur le décret du 26 juin 2006 relatif à la lutte contre le blanchiment des capitaux en fournit une nouvelle illustration. L'importance des contentieux économiques et fiscaux que le Conseil d'Etat traite lui donne en outre une grande familiarité avec les enjeux et les questions économiques, à laquelle contribuent aussi la formation initiale, comme le parcours professionnel souvent très diversifié des membres de la juridiction administrative.

D'une manière générale, en matière économique comme en tout autre domaine, le juge administratif attache une importance extrême à l'unité, la prévisibilité et la cohérence de sa jurisprudence. Les contradictions de jurisprudence ne font pas partie de sa culture et ne sont pas vraiment regardées comme les éléments d'une dialectique bénéfique. Elles sont pour cette raison systématiquement recherchées et évitées dans le cadre de méthodes de travail rigoureuses qui ne font évidemment pas échec à des inflexions ou des revirements de jurisprudence justifiés et collégialement délibérés. Le juge administratif en général, le Conseil d'Etat en particulier, sont en effet particulièrement soucieux d'adresser aux justiciables et, en l'occurrence, aux opérateurs économiques des signaux ou des messages prévisibles, clairs et stables.

B. L'examen, qui ne peut être que très sommaire à ce stade, du bilan de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de concentration économique montre sur un échantillon de dossiers limité -car il y a peu de contentieux- ce qu'apporte la juridiction administrative à ce contentieux :

1) En premier lieu, un strict respect du caractère contradictoire de la procédure et des droits des tiers (CE, 9 avril 1999, n° 191654, société Interbrew) ;

2) En deuxième lieu, un contrôle rapide et efficace des décisions dans des délais le plus souvent très inférieurs à un an, avec la possibilité d'agir en référé pour obtenir la suspension de la décision attaquée, comme ce fut le cas lors de la fusion Cegid / CCMX par une ordonnance du 19 mai 2005 rendue sur la requête de la société Fiducial informatique : cette rapidité n'a pas manqué d'inciter ultérieurement le ministre de l'économie à publier sans retard excessif ses décisions en matière de concentration ;

3) En troisième lieu, un contrôle étendu à la fois par ses méthodes, son champ d'application et sa profondeur :

- a) quant aux méthodes, le Conseil d'Etat a choisi de consulter le Conseil de la concurrence lorsque l'impact concurrentiel de la fusion envisagée mérite d'être éclairée, alors même que le code de commerce ne prévoit pas expressément une telle faculté ;
- b) quant au champ d'application, le Conseil d'Etat a plus que secondé les initiatives du législateur en faveur d'une application large du droit des concentrations : c'est ainsi que relèvent notamment de ce droit le secteur bancaire (CE, 16 mai 2003, n° 255482) et le secteur de la presse (CE, 31 janvier 2007, n° 294896, société France-Antilles) ;
- c) enfin et surtout, le Conseil d'Etat exerce un entier contrôle, c'est-à-dire un véritable contrôle de proportionnalité, sur l'ensemble des étapes du processus de contrôle d'une concentration
 - pour apprécier l'existence d'une concentration (section, 31 mai 2000, Société Cora et Société Casino-Guichard-Perrachon) ;
 - pour déterminer et analyser les marchés pertinents et mesurer les effets anti-concurrentiels (section, 9 avril 1999, Société The Coca-Cola Company ; section, 6 octobre 2000, Société Pernod-Ricard ; section, 6 février 2004, Société Royal Philips Electronics et de Longhi SPA 13 février 2006) ;
 - pour apprécier le caractère suffisant des engagements pris pour prévenir les atteintes à la concurrence (section, 9 avril 1999, Société The Coca-Cola Company) ou la contribution au progrès économique et social (section, 6 octobre 2000, Société Pernod-Ricard) ;
 - pour évaluer la mise en œuvre des critères de l'exception de l'entreprise défaillante (section, 6 février 2004, Société Royal Philips Electronic).

Nul n'ignore que le Tribunal de première instance des Communautés européennes pratique sur ces questions un contrôle, non pas entier, mais restreint qui est limité à celui de l'erreur manifeste d'appréciation.

4) En quatrième lieu, le contrôle opéré par le Conseil d'Etat sur les concentrations est pleinement cohérent avec celui du Tribunal de première instance et de la Cour de justice des Communautés européennes, hormis l'intensité du contrôle. Il n'y a pas la moindre divergence entre la jurisprudence des juridictions européennes et celle du Conseil d'Etat sur le contrôle des concentrations. Notamment, le Conseil d'Etat a repris la jurisprudence communautaire du 31 mars 1998 République française c/ Commission sur l'exception de l'entreprise défaillante et ses trois conditions (CE, section, 6 février 2004, Société Royal Philips Electronic)...

Et s'il en était besoin, j'ajouterais que les conclusions prononcées par les commissaires du Gouvernement dans les affaires de concentration démontrent avec éclat l'investissement des formations d'instruction et de jugement du Conseil d'Etat dans ce contentieux ; c'est peu de dire que tous les points de fait et de droit que présentent à juger ces opérations lourdes et complexes font l'objet d'une pesée attentive et minutieuse : l'examen des arrêts éclairés par ces conclusions illustre l'unité et la cohérence d'une jurisprudence qui s'enrichit sans à coup et sans rupture au fil des espèces. Mais je me garderai de sacrifier à l'autosatisfaction, en exprimant le souhait et même l'ambition que se développent sur ces enjeux économiques très lourds des séances d'instruction orales -lesquelles ont revu le jour à partir de 2000- et que la motivation des arrêts, quoique nettement plus étoffée que naguère,

continue de se renforcer pour répondre mieux encore à l'argumentation des parties et exprimer ce qui fonde la conviction du juge. Bref des progrès sont toujours possibles.

Mais chacun, l'aura compris, le contentieux des concentrations est à sa place dans l'ordre administratif, tout comme celui de la concurrence l'est dans l'ordre judiciaire. La répartition des compétences qui remonte à 1987 est claire, comprise et acceptée. Elle a débouché sur des spécialisations, dont la remise en cause ne pourrait être que dommageable.

Le maintien de la compétence de la juridiction administrative en matière de concentration économique est d'autant plus pertinent que l'on n'imagine évidemment pas, dans la nouvelle organisation administrative, une partition entre le contentieux de la décision prise par l'Autorité de la concurrence et celui de la décision ministérielle éventuellement prise après évocation qui se fonderait, elle, sur d'autres considérations que le bilan concurrentiel.

J'adresse en terminant des vœux très chaleureux de succès pour la réunion de jour. Je souhaite qu'elle permette de fructueux échanges entre vous et je renouvelle mes remerciements aux participants et aux organisateurs de cette journée. Vous me permettrez de citer en particulier les membres, les agents et les stagiaires de la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat que j'ai omis dans mon introduction et à qui j'exprime ma reconnaissance.
