



UNIVERSITÉ **PARIS II**  
PANTHÉON-ASSAS

**Master 2 de DROIT EUROPEEN DES AFFAIRES**

Dirigé par Monsieur le Professeur Louis Vogel

**LES AVIS GENERAUX DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE  
UTILITE, PORTEE, LIMITES**

**Aurélie Cerqueira**

Sous la direction de Monsieur le Professeur Louis Vogel

S'il est vrai que l'autorité chargée de la régulation du fonctionnement concurrentiel des marchés en France a toujours eu vocation à conseiller aux côtés de ses attributions contentieuses, l'activité consultative a pris une importance tout à fait particulière depuis la réforme de 2008. En effet, à la différence du Conseil de la concurrence, l'Autorité peut désormais s'autosaisir de toute question de concurrence et émettre des recommandations générales à l'égard des pouvoirs publics et des opérateurs économiques. Prérogative au service d'une régulation effective des marchés en amont à la sanction, les avis sur des questions générales de concurrence (les « avis généraux de marché ») s'avèrent toutefois être un outil à double tranchant. Ils sont un instrument utile quand ils répondent clairement et efficacement aux demandes qui sont faites par les saisines externes. Ils le sont également lorsqu'ils visent, par auto-saisine, à éclaircir une ou plusieurs questions que pourraient se poser les opérateurs économiques ou à réaliser une enquête sectorielle afin de fournir des renseignements sur l'état d'un marché. Toutefois, ils deviennent une arme aux mains de l'Autorité quand ils lui permettent de dépasser ses attributions légales et lorsqu'ils se transforment en un outil stratégique pour faire pression sur les pouvoirs publics et les entreprises.

Ne s'en tenant plus à des observations ou des recommandations générales sur le secteur concerné, certains avis se font parfois particulièrement précis quant aux personnes et aux faits soulevant des problèmes de concurrence sur le marché français et ce, alors même que la procédure d'avis se caractérise par son manque de formalisme et l'absence de contradictoire. Bien que l'Autorité ait déjà mis en œuvre un certain nombre d'améliorations procédurales dans le silence des textes, l'utilisation intensive des procédures consultatives appelle à une réforme de la procédure consultative de l'Autorité, sinon dans son champ du moins dans son fonctionnement. Une telle arme ne saurait en effet s'imaginer sans que des garanties substantielles du respect des droits de la défense et du droit à un procès équitable ne soient imposées à l'Autorité. Une réforme de la procédure d'avis semble ainsi nécessaire, afin qu'elle soit plus moderne, plus encadrée et qu'elle garantisse au mieux les droits des opérateurs économiques concernés. En ce sens, la systématisation du dialogue avec les entreprises paraît essentielle, notamment pour éviter que l'Autorité ne rende un avis dans l'abstrait alors même que tout avis général de marché est un document structurant pour le secteur. Enfin, le risque de partialité qui émerge en raison du changement de nature des avis généraux de marché conduit à considérer que le cumul des fonctions contentieuse et consultative est à repenser.

# SOMMAIRE

---

INTRODUCTION.....	5
-------------------	---

<b>PARTIE 1 UNE MONTEE EN PUISSANCE DES AVIS GENERAUX DE MARCHE CONFIRMEE .....</b>	<b>10</b>
---	-----------

<b>Titre 1 Les avis généraux de marché : un outil a double tranchant au service du nouveau positionnement régulateur de l’Autorité .....</b>	<b>10</b>
--	-----------

Section 1 Les avis généraux de marché : un moyen d’influence utile auprès des décideurs politiques et des opérateurs économiques .....	11
--	----

I. La « construction normative originale » de la politique de concurrence en France au moyen des avis généraux de marché .....	11
--	----

A. Des prérogatives transformant l’Autorité en « conseil stratégique » des pouvoirs publics .....	12
---	----

B. Un outil permettant à l’Autorité d’orienter voire façonner les politiques publiques .....	13
--	----

II. Un outil au service de la mission d’ « advocacy » auprès des entreprises .....	15
--	----

A. Un instrument aidant les entreprises à se conformer aux règles concurrentielles du marché .....	16
--	----

B. Une intervention en amont afin d’éviter le risque de conflit en aval .....	17
---	----

Section 2 L’instrumentalisation des avis généraux de marché : le nouveau visage de la régulation de la concurrence en France .....	20
--	----

I. D’un moyen d’influence à un moyen de pression sur les décideurs politiques .....	20
---	----

A. De larges prérogatives porteuses de dérives .....	20
--	----

B. Un dépassement des limites de la régulation .....	22
--	----

II. Un outil d’orientation renforcé par la menace de la sanction .....	23
--	----

A. Des avis aux enjeux significatifs pour les opérateurs économiques .....	24
--	----

B. Des recommandations s’apparentant à des injonctions .....	25
--	----

<b>Titre 2 Les avis généraux de marché : des actes de portée ambiguë .....</b>	<b>27</b>
--	-----------

Section 1 Le changement de nature des avis généraux de marché.....	27
--	----

I. La confusion des missions consultative et contentieuse .....	28
---	----

A. La subjectivisation des avis généraux de marché.....	28
---	----

B. Les limites inhérentes à la substitution des missions : l’absence de qualification juridique .....	30
---	----

II. Une valeur de précédent accordée aux avis généraux de marché.....	31
---	----

A. Des avis ayant en pratique valeur de précédent pour l’Autorité .....	31
---	----

B. Une réception inquiétante du côté juridictionnel.....	33
--	----

Section 2 La reconnaissance des effets des avis généraux de marché .....	35
--	----

I. Les avis généraux de marché longtemps restés « zone de non droit ».....	36
--	----

A. Des actes échappant au contrôle du juge judiciaire.....	36
--	----

B. Une reconnaissance administrative progressive des effets attachés aux avis...	37
--	----

II. Le recours en annulation pour excès de pouvoir : une solution insuffisante.....	39
---	----

A. L’excès de pouvoir : un choix visant à distancier l’acte de réguler et l’acte de juger.....	40
--	----

B. Une solution à elle seule dépourvue d’utilité concrète pour les entreprises.....	41
---	----

**PARTIE 2 UNE MONTEE EN PUISSANCE DES AVIS GENERAUX DE MARCHE SANS GARANTIES PROCEDURALES ADEQUATES ..... 43**

**Titre 1 Une procédure laissée a la discretion de l’Autorite .....43**

Section 1 Une procédure largement non écrite .....	43
I. Une procédure non encadrée par les textes .....	44
A. La rareté des textes explicites guidant la procédure d’avis .....	44
B. Les dispositions du Code de commerce susceptibles de s’appliquer à la procédure d’avis .....	45
II. Des investigations aux implications incertaines pour les entreprises .....	47
A. L’obligation de répondre aux demandes de renseignements et de convocation 47	
B. Le sort incertain des informations recueillies lors de l’instruction .....	48
Section 2 L’absence de garanties procédurales .....	49
I. Une procédure pas nécessairement portée à la connaissance des entreprises .....	49
A. L’absence d’obligation textuelle de publicité des saisines pour avis sur toute question générale de concurrence .....	49
B. Les faibles garanties quant à la publicité de l’avis .....	51
II. La participation des entreprises laissée à la discrétion de l’Autorité .....	53
A. Un choix discrétionnaire du rapporteur quant aux entreprises à solliciter et à l’ampleur des informations demandées .....	53
B. Des entreprises entendues comme témoins à la discrétion du collègue mais sans vision claire des enjeux .....	54

**Titre 2 Une réforme nécessaire de la procédure d’avis généraux de marchés : réflexions pour accorder plus de garanties aux entreprises .....56**

Section 1 Vers une systématisation du dialogue avec les entreprises en encourageant le contradictoire .....	57
I. Pour la mise en œuvre des mécanismes du débat contradictoire dans les procédures d’avis généraux de marché .....	57
A. Une réponse nécessaire à la subjectivisation des avis .....	57
B. Une solution pour des avis en prise avec les réalités du secteur .....	59
II. Pour la systématisation de la consultation publique .....	60
A. Une démarche de transparence dans le cadre des saisines d’office pour avis ..	60
B. Avantages et difficultés liés à une telle systématisation .....	62
Section 2 Pour la protection des entreprises contre les risques d’impartialité .....	64
I. Le soupçon de partialité pesant sur l’Autorité de la concurrence .....	64
A. Le cumul des fonctions non problématique en lui même .....	65
B. Le risque d’une remise en cause de l’Autorité par le juge en raison de l’existence d’un « préjugement » .....	66
II. Pistes de réflexions inspirées du modèle de la « Monopolkommission » .....	68
A. Le modèle de la « Monopolkommission » .....	68
B. Pour l’instauration d’un organe distinct .....	68

**CONCLUSION ..... 70**

**BIBLIOGRAPHIE ..... 73**

## INTRODUCTION

---

L'autorité administrative indépendante<sup>1</sup> spécialisée dans l'analyse et la régulation du fonctionnement de la concurrence sur les marchés en France a toujours eu vocation à conseiller, aux côtés de ses attributions contentieuses en matière de pratiques anticoncurrentielles, et de celle, plus récente, de contrôle des concentrations économiques. Mission traditionnelle en France pour un organisme de sa nature, la fonction consultative a été historiquement le premier pilier de la régulation concurrentielle : exercée en France dès 1953 par la Commission technique des ententes, confirmée en 1977 lors de la création de la Commission de la concurrence, puis ayant donné son nom au « Conseil » de la concurrence en 1986.

Bien que la réforme issue de la loi de modernisation de l'économie<sup>2</sup> (ci-après « LME ») ait transformé le Conseil de la concurrence en Autorité, afin d'éviter de souligner une seule de ses fonctions, la mission consultative attribuée à l'Autorité de la concurrence n'en a pas moins connu un nouvel élan. En effet, alors que le Conseil de la concurrence intervenait plutôt à la marge du tissu économique français en tant d'expert concurrentiel de l'analyse des marchés et rendait des avis dont le retentissement était souvent assez limité, l'Autorité de la concurrence a quant à elle été dotée d'un éventail de pouvoirs étendus et de moyens accrus. La LME, introduite afin de « réformer le système français de régulation de la concurrence pour le rendre plus performant »<sup>3</sup> a permis à l'activité consultative de l'Autorité de la concurrence de devenir « un pan à part entière de la mission de régulation que l'Autorité assume pleinement aujourd'hui »<sup>4</sup>.

Placé dans une posture passive, le Conseil ne pouvait se prononcer que suite à une saisine externe. Répondant à des questions dont l'importance pouvait être très variable, il apportait des réponses dont il rappelait la portée limitée pour éviter toute instrumentalisation

---

<sup>1</sup> L'Autorité de la concurrence est qualifiée d'autorité administrative indépendante par l'art. L. 461-1 du code de commerce issu de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, dite « LME ».

<sup>2</sup> Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (dite LME).

<sup>3</sup> Projet de loi AN, n° 842, 2 mai 2008.

<sup>4</sup> LASSERRE Bruno, *L'office de l'Autorité de la concurrence in Justice et cassation*, dossier L'office du juge, Revue annuelle avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Dalloz 2010, p. 115.

précontentieuse de ses avis. L'Autorité, elle, peut désormais en vertu de l'article L. 462-4 du Code de commerce<sup>5</sup> intervenir d'office sur les marchés. Elle peut en effet prendre « l'initiative de donner un avis sur toute question concernant la concurrence » ainsi que faire des recommandations au Gouvernement dans le but d'attirer son attention sur des difficultés rencontrées s'agissant du fonctionnement concurrentiel des marchés. Le président de cette dernière, M. Bruno Lasserre, n'a d'ailleurs pas manqué d'annoncer, dès 2010, la « montée en puissance » de l'activité de veille, d'évaluation et de conseil, attachée aux attributions consultatives de l'Autorité<sup>6</sup>.

De cette évolution, il résulte que les attributions consultatives de l'Autorité sont désormais prévues au sein du Titre VI du Livre IV « De la liberté des prix et de la concurrence » du Code de commerce, aux articles L. 462-1 à L. 462-4. En dehors de l'hypothèse où l'Autorité se saisirait d'office d'une question générale de concurrence, la consultation est, selon les cas, obligatoire ou facultative. La consultation obligatoire de l'Autorité connaît un champ très restreint. Elle est limitée, à titre principal, au Gouvernement pour les projets de textes réglementaires de nature à porter une atteinte grave à la concurrence<sup>7</sup>, à titre résiduel à quelques autorités administratives indépendantes sur des points spécifiques de concurrence<sup>8</sup> et enfin préalablement à certaines nominations<sup>9</sup>. A noter que la loi Macron<sup>10</sup> a franchi encore une étape dans le renforcement du rôle régulateur de l'Autorité<sup>11</sup> en lui confiant un rôle consultatif obligatoire sur les tarifs des professions réglementées et un rôle d'expert sur la cartographie et l'implantation de celles-ci<sup>12</sup>. Son champ d'intervention en matière de consultation facultative apparaît, lui, plus large. D'une part, l'Autorité peut être conduite à donner son avis sur des questions relevant de cas particuliers lorsque les juridictions

---

<sup>5</sup> Ord. n° 2008-1161, art. 2-II.

<sup>6</sup> LASSERRE Bruno, *La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : un point de vue d'autorité (1ère partie)*, Revue Concurrences n° 3-2010, pp. 35-46.

<sup>7</sup> L'article L. 462-2 C. com. vise les restrictions quantitatives à l'exercice d'une profession, l'établissement de droits exclusifs, l'imposition de prix ou de conditions de ventes uniformes.

<sup>8</sup> Par exemple, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (Arcep) doit solliciter l'avis de l'Autorité dans le cadre de la procédure d'analyse de certains marchés en application des articles L. 37-1, D 301 et D 302 du Code des postes et des communications électroniques.

<sup>9</sup> Par exemple, en vertu de l'article L. 461-4 C. com., le Collège doit intervenir préalablement à la nomination du rapporteur général et du conseiller auditeur.

<sup>10</sup> Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

<sup>11</sup> FOURGOUX Jean-Louis, *L'Autorité de la concurrence transfigurée par la loi Macron*, AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2015 p.404.

<sup>12</sup> Loi du 6 août 2015, art. 50 s.

judiciaires et administratives<sup>13</sup>, ainsi que certaines autorités administratives indépendantes, la saisissent pour avis sur les pratiques anticoncurrentielles dont elles ont à connaître lors de litiges. L'originalité de ce cas de figure tient au fait que dans ce seul cas l'Autorité ne rend son avis qu'au terme d'une procédure contradictoire. D'autre part, en vertu de l'article L. 462 1 du Code de commerce, l'Autorité peut être consultée par d'autres organes ou personnes morales<sup>14</sup> sur tout projet de texte législatif ou règlement<sup>15</sup>, et d'une manière générale sur toute question concernant la concurrence en ce qui concerne les intérêts dont le saisissant a la charge. Le texte réserve ainsi à l'Autorité une large liberté d'appréciation de son champ de compétence consultative et lui permet de filtrer ses saisines consultatives.

Aussi large soit-elle, cette possibilité d'être saisie sur toute question générale concernant la concurrence n'est pas une révolution : sous l'empire du droit antérieur, le Conseil de la concurrence disposait déjà d'une compétence consultative générale sur toute question de concurrence. Par cette faculté, ce dernier répondait à la préoccupation d'une recherche d'expertise accrue et à un renforcement de la « culture de la concurrence » dans l'objectif d'une régulation concurrentielle à la fois plus efficace et plus légitime.

Par ailleurs, bien que la LME ait associé un pouvoir de recommandation à cette faculté nouvelle de s'autosaisir de toute question de concurrence, l'association de ces deux prérogatives est classique dans l'organisation des autorités administratives indépendantes en France. Ces dernières, toutes investies d'un pouvoir d'avis, « *minium vital* » pour les doter d'une autorité morale suffisante, disposent le plus souvent également d'un pouvoir de recommandation qui leur apporte une capacité de persuasion et une légitimité reconnue pour assurer la régulation du secteur dont elles ont la charge. En ce sens, bien que le législateur ait accordé un large pouvoir à l'Autorité –allant au-delà de la proposition de la « Commission Attali »<sup>16</sup> consistant à permettre à l'Autorité de « *donner sur sa propre initiative des avis sur*

---

<sup>13</sup> Article L. 462-3, alinéa 1 C. com.

<sup>14</sup>Elles sont limitativement énumérées. Il s'agit du Gouvernement, des collectivités territoriales, des organisations professionnelles et syndicales, des organisations de consommateurs agréées, des chambres d'agriculture, des chambres de métiers ou des chambres de commerce et d'industrie, de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet.

<sup>15</sup> Article L. 462-1 C. com.

<sup>16</sup> Commission « Attali » chargée par le président de la République française Nicolas Sarkozy de rédiger un rapport fournissant des recommandations et des propositions afin de relancer la croissance économique de la France.

*les effets concurrentiels de mesures législatives ou administratives* »<sup>17</sup> –, cela ne semblait pas constituer une transformation majeure mais plutôt un aboutissement de la reconnaissance de la légitimité accordée à l’Autorité dans sa mission de régulation concurrentielle des marchés. A cet égard, cet aspect de la réforme n’est d’ailleurs pas apparu comme un enjeu aussi important que le transfert des compétences en matière de concentrations.

Cette faculté d’auto-saisine sur toute question de concurrence allait pourtant faire prendre à l’activité consultative de l’Autorité un tout autre tournant. Détachée de l’agenda du Gouvernement sur les réformes à engager<sup>18</sup> et désormais en mesure de réaliser de vastes enquêtes sectorielles, cette nouvelle prérogative a sensiblement orienté le comportement de l’institution. L’Autorité, souvent perçue comme un organe répressif et qualifiée, à ce titre, de « gendarme de la concurrence », agit désormais sensiblement de manière préventive (« *ex ante* ») sur les marchés<sup>19</sup> au point que sa mission consultative occupe aujourd’hui une place tout à fait centrale dans le droit français contemporain de la concurrence<sup>20</sup>. En effet, dans la période récente, l’article L. 462-4 du Code de commerce a conduit l’Autorité à rendre des avis qui allaient sceller un nouveau mode d’intervention de l’Autorité : le traitement macro-économique en amont à chaque fois que cela serait possible. Alors que certains avis l’ont conduite à s’exprimer sur des schémas de rationalisation de certains secteurs, d’autres lui ont permis d’alerter certaines entreprises sur les risques qu’elles encouraient au titre de l’interdiction des ententes, de solliciter de nouveaux pouvoirs ou l’intervention du législateur, ou encore d’explicitier voire de faire évoluer sa politique de concurrence.

Il semblerait toutefois que cette nouvelle faculté offerte à l’Autorité ne soit pas la seule explication du changement de nature des avis rendus par celle-ci. Alors que le nombre d’avis rendus de sa propre initiative est resté relativement faible (10 avis ont été rendus depuis 2009

---

<sup>17</sup> Décision 189 du rapport de la Commission pour la libération de la croissance française « 300 décisions pour changer la France » remis le 23 janvier 2008.

<sup>18</sup> DAHAN Thierry et LEMAIRE Christophe, *Portrait de l’Autorité en jeune fille - L’Autorité de la concurrence issue de la loi LME : entre aboutissement et nouveau départ*, Revue juridique de l’économie publique n° 683, Février 2011, étude 1.

<sup>19</sup> BAZEX Michel, *L’attribution d’une fonction de régulation économique à l’Autorité de la concurrence*, Contrats Concurrence Consommation n° 3, Mars 2011, comm. 76.

<sup>20</sup> BOSCO David, *Un avis de l’Autorité de la concurrence ne peut pas faire l’objet d’un recours pour excès de pouvoir*, Contrats Concurrence Consommation n° 12, Décembre 2012, comm. 282.



sur saisine d'office<sup>21</sup> et l'Autorité s'est autosaisie à deux reprises en 2016<sup>22</sup>), des avis tout à fait novateurs ont été délivrés sur la base de modalités de saisine plus anciennes<sup>23</sup>. Ainsi, de nombreux « avis généraux de marché »<sup>24</sup> sont sortis des considérations générales auxquelles les textes paraissaient, a priori, les cantonner en visant des « questions concernant la concurrence » (C. com., art. L. 462-1 et L. 462-4 et dans une moindre mesure art. L. 461-5) et se font parfois relevés particulièrement précis quant aux personnes et aux faits soulevant des problèmes de concurrence sur le marché français.

Les avis généraux de marché reviennent dorénavant à traiter des questions qui relevaient plutôt du contentieux en se prononçant sur la question de savoir si le fonctionnement d'un secteur de l'économie est satisfaisant au regard du droit de la concurrence. Ainsi, elle *anticipe* et, le cas échéant, évite un grand nombre de saisines contentieuses. L'Autorité de la concurrence définit aujourd'hui des principes généraux, dans le cadre d'une procédure sans parties, sans contradictoire, sans recours, et cela au détriment du contentieux qui conduit, lui, à des applications particulières avec des sanctions ou engagements visibles<sup>25</sup>.

Ainsi, alors que la montée en puissance annoncée par le président de l'Autorité de la concurrence a été confirmée au regard du changement de nature des avis généraux de marché et de la portée extensive que l'Autorité leur confère (Partie I), elle ne s'est pourtant pas accompagnée de meilleures garanties pour les entreprises comme il aurait été pu logiquement être attendu (Partie II

---

<sup>21</sup> Aut. conc., avis n° 09-A-55 sur le secteur du transport public de voyageurs ; n° 10-A-13 sur l'utilisation croisée des bases clientèle ; n° 10-A-25 relatif aux contrats de "management catégoriel" entre les opérateurs de la grande distribution alimentaire et certains de leurs fournisseurs ; n° 10-A-26 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et aux modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire et n° 11-A-02 relatif au secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, n° 12-A-20 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique, 12-A-21 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, 13-A-24 relatif au fonctionnement de la concurrence dans le secteur de la distribution du médicament à usage humain en ville, 14-A-05 relatif au fonctionnement concurrentiel du marché du transport interrégional régulier par autocar, 15-A-16 portant sur l'examen, au regard des règles de concurrence, des activités de normalisation et de certification.

<sup>22</sup> Aut. conc., décision n° 16-SOA-01 du 3 février 2016 relative à une saisine d'office pour avis portant sur le secteur des audioprothèses et n° 16-SOA-02 du 23 mai 2016 relative à une saisine d'office pour avis portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité en ligne

<sup>23</sup> JALABERT-DOURY Nathalie, *Nouvelles formes d'intervention des autorités de concurrence : le point de vue des entreprises*, Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2013, dossier 8.

<sup>24</sup> Nous entendons par cette expression l'ensemble des avis par lesquels l'Autorité peut s'exprimer sur des questions générales de concurrence, que ce soit de sa propre initiative ou sur saisine externe.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<p style="text-align: center;"><b>PARTIE 1</b></p> <p style="text-align: center;"><b>UNE MONTEE EN PUISSANCE DES AVIS GENERAUX DE MARCHÉ</b></p> <p style="text-align: center;"><b>CONFIRMÉE</b></p>
--

La pratique de l’Autorité n’a cessé de confirmer la « montée » en puissance de l’activité consultative de l’Autorité annoncée par son président. Bien que les avis généraux de marché soient un outil particulièrement efficace pour assurer la régulation des marchés (Titre 1), les enjeux qu’ils soulèvent s’avèrent également être porteurs de risque pour les opérateurs économiques (Titre 2).

---

**TITRE 1**

LES AVIS GENERAUX DE MARCHÉ : UN OUTIL A DOUBLE TRANCHANT AU SERVICE DU  
NOUVEAU POSITIONNEMENT REGULATEUR DE L’AUTORITE

---

L’institution chargée de la régulation de la concurrence en France a toujours eu vocation à guider les pouvoirs publics et les opérateurs économiques à travers divers outils de droit souple. Comme a pu le préciser le professeur Jacques Chevallier, la régulation emploie des « formes ignorées de la normativité classique » et utilise un droit nouveau « *marqué par le reflux des éléments de contrainte* »<sup>26</sup>. En effet, le simple arsenal répressif ne saurait suffire à mener pleinement une régulation efficace.

Selon la formule employée par le rapport du Conseil d’État de 2001 sur les autorités administratives indépendantes<sup>27</sup>, le but de la régulation « *serait moins de qualifier des faits par rapport à des normes préétablies et d’aboutir au respect de celles-ci par la sanction, que de chercher par tous moyens à susciter des standards de comportement* ». Cela paraît d’autant plus vrai au sujet de l’Autorité de la concurrence qui tend à privilégier l’intervention en amont sur les marchés. Les avis qu’elle peut émettre sur des questions générales de concurrence participent considérablement à ce nouveau mode de régulation. Ces avis permettent à l’Autorité à la fois de jouer la carte de la pédagogie au moyen d’une approche préventive non contentieuse (Section 1) mais également d’exercer une pression effective sur les pouvoirs publics et les opérateurs économiques (Section 2).

---

<sup>26</sup> CHEVALLIER Jacques, *L’État post-moderne*, Droit et société (vol. 35), LGDJ, 2003.

<sup>27</sup> Rapport public du Conseil d’État, *Les autorités administratives indépendantes*, 2001.

## SECTION 1 LES AVIS GÉNÉRAUX DE MARCHÉ : UN MOYEN D'INFLUENCE UTILE AUPRES DES DÉCIDEURS POLITIQUES ET DES OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES

Qualifiée de « gendarme de la concurrence », l'Autorité est souvent opposée à d'autres autorités qui privilégieraient davantage la pédagogie et notamment à son homologue britannique, la "Competition and Markets Authority" (anciennement "Office of Fair Trading"). Bruno Lasserre, sensible à l'importance de la pédagogie auprès des décideurs publics et des opérateurs économiques, qualifie également l'Autorité d'« avocate de la concurrence »<sup>28</sup>. Il souhaite ainsi faire écho à la notion anglo-saxonne d'*advocacy*, définie par une ancienne présidente du Conseil de la concurrence, Marie Hangelsteen, comme « *la promotion de la concurrence auprès des décideurs politique et économiques, des consommateurs et des citoyens de sorte qu'ils en comprennent les mécanismes et que cette politique soit mise au service de l'intérêt général* »<sup>29</sup>. Cette mission de promotion de la concurrence, l'Autorité l'exerce fortement au travers de ses avis généraux de marché. Elle influe ainsi fortement d'une part sur les politiques publiques et participe à cette « construction normative originale »<sup>30</sup> de la politique de concurrence en France (I). D'autre part, par les éclairages que l'Autorité fournit dans ses avis généraux de marché sur les risques concurrentiels, elle oriente les entreprises afin qu'elles jouent la carte de la conformité (II).

### I. La « construction normative originale » de la politique de concurrence en France au moyen des avis généraux de marché

Les avis généraux de marché permettent à l'Autorité d'assurer une régulation concurrentielle des marchés en amont en apportant son expertise à la réflexion de l'ensemble des décideurs politiques (A). Toutefois, une régulation effective des marchés ne saurait s'en tenir à intégrer les préoccupations concurrentielles au débat public. Comme le précise Bruno Lasserre, réguler la concurrence, c'est aussi « *proposer des pistes et des solutions aux pouvoirs publics* »<sup>31</sup>. En ce sens, les avis sur des questions générales de concurrence transforment

---

<sup>28</sup> LASSERRE Bruno, *L'office de l'Autorité de la Concurrence*, Revue des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation 2009, p.100 s.

<sup>29</sup> HAGELSTEEN Marie-Dominique, *Politique de concurrence et autres politiques publiques : comment les concilier lors de l'élaboration des lois ?*, Concurrences, 2010, n° 3, p. 7.

<sup>30</sup> SPILLAERT Patrick, *Les avis de l'Autorité de la concurrence*, Concurrences, 3-2010, p. 35-46 et 58-64.

<sup>31</sup> LASSERRE Bruno, *L'office de l'Autorité de la Concurrence*, Revue des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation 2009, p.100 s.

l'Autorité en « *force d'initiative et de proposition indépendante* »<sup>32</sup> en matière de concurrence (B).

#### A. Des prérogatives transformant l'Autorité en « conseil stratégique » des pouvoirs publics

La culture de concurrence est encore fragile, voire vacillante, au sein des pouvoirs publics<sup>33</sup>. A la différence de l'Allemagne, par exemple, dans laquelle la régulation de la concurrence s'est imposée il y a plus de cinquante ans pour des motifs d'ordre historique<sup>34</sup>, « *la France cultive son goût pour le dirigisme économique, quelles que soient les majorités politiques qui la gouvernent, même si cela peut être à des degrés divers* »<sup>35</sup>. Si la culture de concurrence progresse, le modèle économique français reste encore caractérisé par l'existence de réglementations et de systèmes dérogatoires à l'origine de rigidités et de barrières sur certains marchés. En « *gardienne de l'ordre public économique* »<sup>36</sup>, l'Autorité ne cesse de développer sa fonction de conseil (« *d'advocacy* ») afin de sensibiliser les décideurs politiques. Cela est d'autant plus vrai depuis que la LME a innové en dotant l'Autorité de la prérogative d'émettre des avis publics sur toute question relative à la concurrence indépendamment de toute saisine externe<sup>37</sup>. Selon Bruno Lasserre, cette nouvelle attribution ne doit pas surprendre : « *l'expert peut détecter de lui-même des questions, des sujets, des pistes sur lesquels il est dans l'intérêt général de réfléchir* » et ainsi les intégrer au débat public. Ses attributions consultatives sur des questions générales de concurrence lui permettent de signaler aux pouvoirs publics des « *gisements de croissance inexplorés, [...], des barrières et des rentes qui brident l'économie ou pèsent sur les consommateurs* »<sup>38</sup> et les avis rendus sur des questions générales de concurrence deviennent ainsi « *des références pour décrire des situations et explorer des sites d'action possibles* »<sup>39</sup>.

---

<sup>32</sup> LASSERRE Bruno, *L'office de l'Autorité de la concurrence in Justice et cassation*, dossier L'office du juge, Revue annuelle avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Dalloz 2010, p. 115.

<sup>33</sup> LASSERRE Bruno, *La culture de la concurrence : la démonstration par la preuve*, A quoi sert la concurrence ? 100 personnalités répondent, Concurrences, octobre 2014.

<sup>34</sup> Son expérience lors de La Seconde Guerre mondiale a en effet révélé des collusions entre les pouvoir politique et la puissance économique.

<sup>35</sup> PRIETO Catherine, *La culture européenne de concurrence*, Droit 21, 2002, ER 007.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> Article L. 462-4 C. com.

<sup>38</sup> LASSERRE Bruno, *La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : un point de vue d'autorité (1ère partie)*, Revue Concurrences n° 3-2010, pp. 35-46.

<sup>39</sup> SPILLAERT Patrick, *Les avis de l'Autorité de la concurrence*, Concurrences, 3-2010, p. 58 s.

L'intervention au cas par cas, sur des questions spécifiques de concurrence, n'est en effet pas toujours la meilleure solution pour assurer une régulation efficace des marchés. Sa faculté de rendre des avis sur des questions générales de concurrence lui permet, au contraire, de prendre la hauteur nécessaire afin de fournir un « diagnostic concurrentiel »<sup>40</sup> précis aux décideurs politiques. Le Gouvernement et Parlement ont d'ailleurs progressivement pris conscience de l'intérêt d'étudier l'impact concurrentiel des réformes publiques envisagées. A cet égard, Bruno Lasserre se félicite que les commissions parlementaires aient fait usage à trois reprises<sup>41</sup> de la faculté de discuter avec l'Autorité de questions générales de concurrence<sup>42</sup> dont elles disposent depuis 2008.

En définitive, il entre désormais dans l'office de l'Autorité de jouer un « rôle d'aiguillon et d'alerte en matière de concurrence »<sup>43</sup>, que ce soit lorsqu'elle s'autosaisit d'une question générale de concurrence que lorsque ses attributions consultatives lui permettent de conforter la sécurité juridique des projets de textes normatifs au moyen de l'analyse fine du marché concerné.

#### B. Un outil permettant à l'Autorité d'orienter voire façonner les politiques publiques

Selon l'Autorité elle-même, sa faculté de prendre l'initiative de rendre des avis sur toute question de concurrence lui permet de « faire valoir son point de vue chaque fois qu'elle l'estime nécessaire, par exemple pour proposer des pistes de réflexion, [...] ou encore pour recommander la prise de mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel de certains marchés »<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> LASSERRE Bruno, *La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : un point de vue d'autorité (1ère partie)*, Revue Concurrences n° 3-2010, pp. 35-46.

<sup>41</sup> L'Autorité a fourni un diagnostic sur la situation concurrentielle de la filière du lait afin d'aider les pouvoirs publics à trouver des moyens qui permettraient de sortir de la crise frappant le secteur (Avis 09-A-48 du 2 octobre 2009) et a délivré une analyse guidant la réflexion des pouvoirs publics sur la nouvelle organisation du marché de l'électricité (Avis 10-A-08 du 17 mai 2010).

<sup>42</sup> Article L. 461-5 C. com.

<sup>43</sup> LASSERRE Bruno, *L'office de l'Autorité de la concurrence in Justice et cassation*, dossier L'office du juge, Revue annuelle avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Dalloz 2010, p. 115.

<sup>44</sup> Présentation des compétences consultatives sur le site internet de l'Autorité.

N'ayant pas hésité à faire un usage très proactif de cette faculté, l'Autorité a été amenée à plusieurs reprises à formuler des recommandations non dénuées d'importance aux pouvoirs publics dans le cadre d'avis rendus de sa propre initiative. L'avis relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et aux modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire<sup>45</sup> en est une illustration particulièrement frappante. En effet, l'Autorité exprime clairement que « la mise en œuvre de ces recommandations nécessite une intervention du législateur »<sup>46</sup>. On peut également citer l'avis relatif au secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne<sup>47</sup> dans lequel elle préconisa notamment la régulation a priori du droit du pari, le renforcement des dispositions permettant de garantir l'accès aux données des marchés dans des conditions transparentes et non discriminatoires ou encore la recherche de moyens permettant aux opérateurs de paris d'être plus compétitifs.

Cette façon de procéder s'est d'ailleurs répercutée sur l'utilisation de l'article L. 462-1 du Code de commerce qui, depuis lors, peut également déboucher sur la formulation de suggestions à l'attention des saisisants<sup>48</sup>. L'Autorité sait désormais se montrer très précise sur l'indication du chemin à emprunter par une politique publique dans le cadre de saisines externes, et ce plus particulièrement lorsqu'elle est amenée à se prononcer sur des secteurs nouvellement ouverts à la concurrence. Par exemple, les recommandations exprimées dans l'avis concernant le programme national « très haut débit »<sup>49</sup> ont très fortement guidé le ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi dans le cadre de l'ouverture à la concurrence du marché des télécommunications<sup>50</sup>.

S'agissant par essence d'une activité de conseil de nature administrative et non pas juridictionnelle, les avis rendus par l'Autorité ne lient jamais les pouvoirs publics. Il semblerait toutefois que, le plus souvent, le législateur prenne largement en compte les préconisations de l'Autorité formulées dans le cadre de ses attributions consultatives sur des

---

<sup>45</sup> Aut. conc., avis n° 10-A-26, 7 déc. 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire.

<sup>46</sup> *Ibid.*, pt 233.

<sup>47</sup> Aut. conc., avis n°11-A-02, 20 janv. 2011 relatif au secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

<sup>48</sup> BAZEX Michel, *L'attribution d'une fonction de régulation économique à l'Autorité de la concurrence*, Contrats Concurrence Consommation n° 3, Mars 2011, comm. 76.

<sup>49</sup> Aut. con., avis n° 10-A-07 du 17 mars 2010 sur le programme national « très haut débit ».

<sup>50</sup> Brochure « 25 ans de l'Autorité de la concurrence », publiée le 30 oct. 2012 sur son site internet.

questions générales de concurrence. Les recommandations émises dans le cadre de l'avis précité relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et aux modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire<sup>51</sup> ont notamment été retranscrites dans le projet de loi de l'Assemblée nationale renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs<sup>52</sup>. Il en fût également ainsi à la suite de l'avis relatif aux conditions de concurrence dans le secteur de l'assurance emprunteur pour le crédit immobilier<sup>53</sup>, les propositions ayant été intégrées dans la disposition ajoutée au projet de loi portant réforme du crédit à la consommation.

En définitive, l'activité consultative de l'Autorité sur la base de questions générales de concurrence lui permet d'intervenir « *au stade de la conception même de la régulation économique* »<sup>54</sup>, ce qui explique le caractère « original » de la construction normative du droit de la concurrence en France.

Les avis généraux de marché lui permettent également d'intervenir de manière influente auprès des opérateurs économiques.

## II. Un outil au service de la mission d'« advocacy » auprès des entreprises

Les avis généraux de marché, en permettant à l'Autorité d'« *appréhender globalement les ajustements qu'implique une régulation par la concurrence* »<sup>55</sup>, sont un instrument efficace d'intervention de l'Autorité auprès des opérateurs économique en amont de la sanction (A). Constituant un guide précieux à l'intention des opérateurs économiques, ils permettent ainsi d'éviter tout risque de conflit en aval<sup>56</sup> (B).

---

<sup>51</sup> Aut. conc., avis n°10-A-26, 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 (sur le fondement de l'article L. 462-4 C. com.).

<sup>52</sup> Texte n°3508 transmis à l'Assemblée nationale le 1<sup>er</sup> juin 2011.

<sup>53</sup> Aut. conc., avis n° 09-A-49, 7 oct. 2009 relatif aux conditions de concurrence dans le secteur de l'assurance emprunteur pour le crédit immobilier (sur le fondement de l'article L. 462-1 C. com.)

<sup>54</sup> LASSERRE Bruno, *L'office de l'Autorité de la Concurrence*, Revue des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation 2009, p.100 s.

<sup>55</sup> IDOUX Pascale, *L'évolution de l'Autorité chargée de la concurrence*, AJDA 2016, p. 769.

<sup>56</sup> DORÉMUS Charlotte-Mai et ROSKIS Dan, *Pratiques anticoncurrentielles et produits de grande consommation*, Cahiers de droit de l'entreprise n° 4, Juillet 2013, dossier 30.

## A. Un instrument aidant les entreprises à se conformer aux règles concurrentielles du marché

Pour reprendre les termes de son président, « *l'Autorité n'a jamais pratiqué le tout répressif* »<sup>57</sup>. Elle a en effet souvent rappelé et fait respecter les règles de concurrence par « *le soft power qu'est la pédagogie de concurrence* »<sup>58</sup>.

Cela est d'autant plus vrai depuis que l'Autorité peut, de son propre chef, se saisir de toute question générale de concurrence. Détachée du calendrier des décideurs politiques sur les réformes à venir, elle est dorénavant en mesure d'appréhender en temps réel les ajustements nécessaires sur certains marchés. Il convient de souligner que cette nouvelle prérogative s'inscrit dans la logique de la réforme engagée en 2008. Il est en effet question de permettre à l'Autorité d'intervenir d'office sur les marchés, que ce soit, d'une part, en la dotant des moyens pratiques lui permettant d'entamer de sa propre initiative l'examen de cas individuels de pratiques anticoncurrentielles (faculté d'auto-saisine contentieuse<sup>59</sup>) ou, d'autre part, en lui permettant de se saisir de toute question de concurrence.

Par ailleurs, couplée au faible formalisme de la procédure d'avis, la saisine d'office pour avis lui permet d'intervenir de façon rapide sur des sujets importants de droit de la concurrence. La célérité de la procédure des avis généraux de marché est d'ailleurs, selon son ancien vice-président « *le premier intérêt de l'utilisation de ce type d'outil juridique* »<sup>60</sup>. En effet, la rapidité de réponse constitue un avantage précieux pour éclairer les acteurs des marchés. Détachée de l'agenda des décideurs politiques sur les réformes à venir, la procédure de saisine d'office permet également à l'Autorité de s'affranchir des contraintes de délais parfois très strictes imposées par le gouvernement. Elle est ainsi en mesure d'approfondir comme elle le

---

<sup>57</sup> LASSERRE Bruno, *La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : un point de vue d'autorité (1ère partie)*, Revue Concurrences n° 3-2010, pp. 35-46.

<sup>58</sup> LASSERRE Bruno, *La culture de la concurrence : la démonstration par la preuve*, article publié sur le site internet de l'Autorité de la concurrence.

<sup>59</sup> A noter que le Conseil de la concurrence disposait déjà de cette faculté mais le ministre chargé de l'Économie jouissait autrefois d'une pleine initiative en matière d'enquêtes de concurrence (plaintes, enquêtes sectorielles, procédures d'achat public, etc.). Dorénavant, l'article L. 450-1, I du Code de commerce confie l'enquête aux agents des services d'instruction de l'Autorité.

<sup>60</sup> SPILLAERT Patrick, *Les avis de l'Autorité de la concurrence*, Concurrences, 3-2010, p. 35-46 et 58-64.



souhaite les questions qu'elle juge importantes<sup>61</sup>. Le premier avis rendu sur le fondement de l'article L. 462-4 du Code de commerce concernant le secteur du transport public terrestre de voyageurs<sup>62</sup> en atteste : l'Autorité regrette que le Conseil de la concurrence, saisi par le Gouvernement sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et collectifs, ait été contraint d'émettre son avis<sup>63</sup> en moins d'un mois et ce en plein cœur de l'été, alors que les effectifs étaient manifestement réduits en cette période de l'année.

L'ancien vice-président de l'Autorité de la concurrence n'a pas manqué de soulever que l'Autorité « *dispose en matière d'avis d'un outil qui lui permet de fournir un guide de raisonnement et de relayer la jurisprudence concurrentielle en direction des acteurs économiques* ». A travers ses avis généraux de marché, « l'Autorité peut expliciter et synthétiser les grilles d'analyses concurrentielles qui ont vocation à s'appliquer en matière contentieuse ».<sup>64</sup> Ainsi, les avis généraux de marché permettent d'orienter les entreprises dans le sens de la conformité aux règles de concurrence.

#### B. Une intervention en amont afin d'éviter le risque de conflit en aval

L'Autorité ne manque pas de souligner l'objectif qu'elle poursuit à travers la rédaction des avis : « *aider les acteurs du secteur à s'organiser de manière cohérente avec des règles de concurrence* »<sup>65</sup> ou encore « *fournir aux intéressés une grille d'analyse afin de leur permettre de mieux appréhender les enjeux concurrentiels, et d'adapter, le cas échéant, leur comportement* »<sup>66</sup>. Véritable « aide à l'autoévaluation »<sup>67</sup>, les avis généraux de marchés sont des instruments de prévision utiles permettant aux acteurs des marchés visés par celui-ci

---

<sup>61</sup> DE DROUAS Marie, DURANT Emmanuel et HUBERT Patrick, *L'Autorité de la concurrence, un an après : point de vue d'usagers*, *Concurrences*, 2-2010, p. 34.

<sup>62</sup> Aut. conc., avis n° 09-A-55 du 4 nov. 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs.

<sup>63</sup> Cons. Conc., avis n° 08-A-17 du 3 septembre 2008 sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et collectifs ainsi qu'à la sécurité des transports

<sup>64</sup> SPILLAERT Patrick, *Quelques considérations sur l'activité consultative de l'Autorité de la concurrence*, *Contrats Concurrence Consommation* 2011, dossier 6.

<sup>65</sup> Aut. conc., avis n° 10-A-25 du 7 décembre 2010.

<sup>66</sup> Aut. conc., avis n° 15-A-06 du 31 mars 2015.

<sup>67</sup> LASSERRE Bruno, *La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : un point de vue d'autorité (1ère partie)*, *Revue Concurrences* n° 3-2010, pp. 35-46.

d'éviter les procédures contentieuses<sup>68</sup>. L'Autorité de la concurrence peut ainsi apporter davantage de sécurité juridique aux entreprises en leur permettant de connaître à l'avance, et sans risque de sanction car en dehors de tout contentieux, sa position sur une question<sup>69</sup>.

En ce sens, les avis généraux de marché apportent ainsi un support supplémentaire aux praticiens venant à l'appui de leurs conseils aux entreprises et s'ajoutant aux précédents contentieux, lesquels, traitant de sujets extrêmement ponctuels, ne répondent pas nécessairement avec exactitude à la situation à laquelle ils sont confrontés.

L'avis peut même parfois permettre d'obtenir un éclairage concurrentiel sur des questions nouvelles, notamment qu'ils amènent l'Autorité à aborder une question sur laquelle elle n'a pas eu l'occasion de se prononcer dans le cadre de ses missions contentieuses. L'avis sur les jeux en ligne, par exemple, a permis à l'Autorité de faire connaître sa position sur ce secteur qui venait d'être réformé. L'avis sur une question générale de concurrence peut ainsi poser des jalons essentiels pour les praticiens tels que la délimitation des marchés pertinents (étape indispensable dès lors que le point de départ est de donner un avis sur toute question concernant la concurrence) et l'examen des barrières à l'entrée<sup>70</sup>.

Les préconisations exprimées dans les avis à l'égard des entreprises peuvent également les aider à concevoir des engagements dans le cadre d'une concentration ou d'un contentieux. Par exemple, Bruno Lasserre se félicite<sup>71</sup> que les lignes de force dégagées par l'avis relatif au secteur du transport terrestre de voyageur<sup>72</sup> aient très concrètement éclairé les acteurs sur les enjeux et les risques concurrentiels propres au secteur depuis la libéralisation. Ils ont en effet joué un rôle déterminant dans la construction d'un diagnostic commun avec l'entreprise notificante dans l'affaire SNCF/Keolis<sup>73</sup> et l'ont aidée à formuler des engagements de nature à répondre aux questions de concurrence soulevées par le cas.

---

<sup>68</sup> DE DROUAS Marie, FAURANT Chimène et HUBERT Patrick, *Les entreprises face au pouvoir consultatif renforcé de l'Autorité de la concurrence*, Concurrences 3-2011, p. 230.

<sup>69</sup> DE DROUAS Marie, DURANT Emmanuel et HUBERT Patrick, *L'Autorité de la concurrence, un an après : point de vue d'usagers*, Concurrences, 2-2010, p. 34.

<sup>70</sup> BAZEX Michel, *L'attribution d'une fonction de régulation économique à l'Autorité de la concurrence*, Contrats Concurrence Consommation, n° 3, Mars 2011, comm. 76.

<sup>71</sup> LASSERRE Bruno, *La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : un point de vue d'autorité (1ère partie)*, Revue Concurrences n° 3-2010, pp. 35-46.

<sup>72</sup> Aut. conc., n° 09-A-55, 4 novembre 2009, sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs.

<sup>73</sup> Décision n° 10-DCC-02.

Le risque de conflit en aval est également évité dans la mesure où, en permettant à l'Autorité de se positionner sur des projets de textes en vertu de l'article L. 461-2 du Code de commerce, les avis généraux de marché peuvent éviter l'adoption de projets réglementaires qui viendraient fausser la concurrence sur un marché. Ils évitent ainsi aux entreprises dont la situation serait impactée par l'intervention des pouvoirs publics sur le secteur concerné de devoir combattre le texte après son adoption. L'avis de 2002 relatif à l'équipement numérique des salles de cinéma en est un exemple : l'Autorité y affirme très clairement que « *le mode d'intervention choisi par le Centre national de la cinématographie et de l'image animée, qui repose sur un mécanisme de subventions croisées, serait voué à l'échec sur un marché concurrentiel (...)* » et que, par conséquent, « *le projet du CNC induit ainsi, par construction, des distorsions de concurrence* »<sup>74</sup>. L'ancien vice-président de l'Autorité de la concurrence<sup>75</sup> précise également que les avis rendus sur initiative propre de l'Autorité peuvent également venir valider des pratiques nouvelles là où le système d'exception légale exposerait les entreprises au risque d'une remise en cause a posteriori<sup>76</sup>.

Les avis sur une question générale de concurrence offrent des signaux plus complets et plus pédagogiques aux pouvoirs publics et aux opérateurs économiques que ceux qui sont exprimés par l'Autorité lors de consultations sur une question spécifique de concurrence ou d'une intervention contentieuse<sup>77</sup>. En outre, ils permettent à l'Autorité de recourir, pour mener à bien sa mission, à des instruments non contraignants pouvant se révéler tout aussi efficaces en termes d'effets que les instruments contraignants dont elle dispose<sup>78</sup>. Toutefois, le champ excessivement large que l'Autorité donne à son intervention dans le cadre de ses avis généraux de marchés conduit à des dérives regrettables.

---

<sup>74</sup> Aut. conc., avis n° 10-A-02 du 1<sup>er</sup> février 2010.

<sup>75</sup> SPILLAERT Patrick, *Quelques considérations sur l'activité consultative de l'Autorité de la concurrence*, *Contrats Concurrence Consommation*, 2011, dossier 6.

<sup>76</sup> Il cite à cet égard l'avis n°10-A-25 relatif au management catégoriel.

<sup>77</sup> DE DROUAS Marie, DURANT Emmanuel et HUBERT Patrick, *L'Autorité de la concurrence, un an après : point de vue d'usagers*, *Concurrences*, 2-2010, p. 34.

<sup>78</sup> DAUMAS Vincent et VON COESTER Suzanne, *Le Conseil d'État accepte de se saisir d'actes de « droit souple »*, *Droit Administratif* n° 4, Avril 2016, comm. 20.

## SECTION 2 L'INSTRUMENTALISATION DES AVIS GENERAUX DE MARCHE : LE NOUVEAU VISAGE DE LA REGULATION DE LA CONCURRENCE EN FRANCE

Bruno Lasserre mettait en garde l'Autorité de ne pas « détourner le sens de [sa] fonction consultative » qui consiste à « *aider à concevoir une évolution législative ou obtenir un éclairage sur une question générale de concurrence* »<sup>79</sup>. Certains avis relatifs à des questions générales de concurrence témoignent toutefois du fait que cet outil a permis à l'Autorité d'aller bien plus loin. En effet, l'Autorité a pu user de cet instrument pour faire pression sur les décideurs politiques (I). En outre, les recommandations qu'elle adresse aux opérateurs économiques se font de plus en plus précises, jusqu'à s'apparenter à des injonctions (II).

### I. D'un moyen d'influence à un moyen de pression sur les décideurs politiques

Les prérogatives dévolues à l'Autorité dans le cadre de son activité consultative sur toute question de concurrence étant larges et imprécises, elles ont permis à l'Autorité de dépasser ses attributions légales (A) et ainsi faire pression sur le législateur (B).

#### A. De larges prérogatives porteuses de dérives

Les prérogatives dont dispose l'Autorité en vertu de l'article L. 462-4 du Code de commerce ne pouvaient être plus larges : alors même que les questions sur lesquelles elle émet un avis sont le résultat d'un choix totalement discrétionnaire, l'avis peut être assorti de recommandations directement adressées aux décideurs politiques.

Malgré la latitude que lui offre la faculté d'autosaisine pour avis sur une question générale de concurrence, l'Autorité de la concurrence a tout de même fait une interprétation très extensive des attributions qui lui sont confiées en vertu de l'article L. 462-1, alinéa 2 du Code de commerce. Au terme de cet article, l'ensemble des institutions et organismes mentionnés peuvent saisir l'Autorité de la concurrence uniquement en ce qui concerne « *les intérêts dont ils ont la charge* ».

---

<sup>79</sup> LASSERRE Bruno, *La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : un point de vue d'autorité (1ère partie)*, Revue Concurrences n° 3-2010, pp. 35-46.

Dès lors, il semblerait que l'Autorité doive répondre clairement aux questions qui lui sont posées et fournisse, le cas échéant au saisissant, des recommandations qu'il pourrait légalement mettre en œuvre s'il le souhaite. Dans le cas où l'Autorité formulerait des recommandations déconnectées des attributions légales du saisissant, la possibilité pour ce dernier de la saisir sur une question générale de concurrence serait inutile dans la mesure où les réponses apportées ne lui permettraient pas de changer la situation. Cette interprétation du texte semble d'autant plus cohérente au regard du fait que l'Autorité ne soit pas tenue de répondre favorablement lorsqu'elle est saisie d'une question générale de concurrence sur le fondement de l'article L. 462-1 du Code de commerce. L'ancien vice-président de l'Autorité, Patrick Spillaert, souligne que l'Autorité a uniquement une compétence liée pour rendre un avis lorsqu'elle est saisie par le Gouvernement ; « *dans tous les autres cas, l'utilisation du verbe " peut " signifie que l'Autorité n'a pas compétence liée et, qu'en opportunité, elle peut refuser de répondre sans avoir à s'en justifier* »<sup>80</sup>. D'ailleurs, l'Autorité, à l'instar de son prédécesseur le Conseil de la concurrence, ne manque pas de vérifier que la saisine est bien relative aux intérêts dont les saisissants ont la charge afin d'éviter tout engorgement.

La doctrine s'est donc largement étonnée de constater que l'Autorité n'a pas entendu le texte de cette manière et qu'elle ait été amenée dans le cadre de l'avis n° 12-A-01 du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris à émettre des recommandations qui ne tenaient pas compte des attributions légales du saisissant<sup>81</sup>. Dans cet avis, l'Autorité de la concurrence a proposé à la ville de Paris, d'une part, de poursuivre l'abaissement des barrières à l'installation de grandes surfaces alimentaires et de fluidifier le marché du commerce à dominante alimentaire à Paris (par la suppression des autorisations administratives d'implantation pour les magasins de plus de 1000 m<sup>282</sup>, ou encore par un meilleur allotissement des zones d'aménagement commercial<sup>83</sup>). Ces recommandations étant directement adressées à la ville de Paris et entrant dans le champ de ses attributions légales, elles n'appellent pas de développements particuliers. Cependant, l'Autorité a également proposé d'introduire en droit français la notion d'injonction structurelle en l'absence de toute infraction aux règles de concurrence. En appelant une

---

<sup>80</sup> SPILLAERT Patrick, *Les avis de l'Autorité de la concurrence*, Concurrences, 3-2010, p. 35-46 et 58-64.

<sup>81</sup> DESCHAMPS Marc, *L'Autorité de la concurrence doit-elle dans le cadre de sa fonction consultative disposer de toutes libertés*, Revue Lamy Concurrence n° 33, oct.-déc. 2012, p. 85.

<sup>82</sup> Aut. conc., l'avis n° 12-A-0, pt 152.

<sup>83</sup> *Ibid*, pt. 176.

intervention législative, l'Autorité a dépassé l'objet de la saisine qui lui était adressée et, par conséquent, les attributions que la loi lui confie.

Cette dérive démontre que l'Autorité a décidé d'ignorer les préoccupations du Parlement qui, dans son rapport d'information sur les autorités administratives indépendantes, recommandait « d'éviter que le droit mou aille au-delà des pouvoirs conférés par la loi »<sup>84</sup>.

## B. Un dépassement des limites de la régulation

La loi LME et les bouleversements qu'elle a provoqué, ont en réalité accordé à l'Autorité un « véritable droit d'intervention dans la sphère publique, sur les sujets de concurrence, au même titre que les autorités politiques »<sup>85</sup>, et avec des conditions que le législateur n'a pas suffisamment encadrées. Il ne s'agit plus pour l'Autorité d'être plus souvent ou mieux consultée mais bien d'affirmer sa légitimité à jouer un rôle dans les débats publics relatifs à la concurrence. Cela conduit parfois à des dérives regrettables, significatives de l'influence croissante de l'Autorité sur la régulation des marchés, voire progressivement sur la construction des marchés.

Le bouleversement législatif auquel appelle l'avis de l'Autorité n°12-A-01 en témoigne. Dans le cadre de celui-ci, elle appelle à l'introduction en droit français la notion d'injonction structurelle en l'absence de toute infraction aux règles de concurrence. Il s'agissait de la mettre en mesure d'imposer à une entreprise exploitant un ou plusieurs magasins de détail avec une part de marché de plus de 50 % de céder des actifs ou de modifier des contrats, en cas de simple position dominante, sur le seul fondement d'une atteinte à la concurrence dans une zone où seraient pratiqués des prix ou des marges trop élevées par rapport au secteur économique concerné. Cet appel à une intervention directe sur la structure des marchés n'aura d'ailleurs pas été vain puisqu'Emmanuel Macron, ministre de l'économie, a fait adopter l'injonction structurelle par le Parlement dans le cadre de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économique<sup>86</sup>. Le Conseil constitutionnel a finalement privé l'Autorité

---

<sup>84</sup> Rapp. AN n° 2925, 2010-2011, T. 1, p. 53

<sup>85</sup> DAHAN Thierry et LEMAIRE Christophe, *Portrait de l'Autorité en jeune fille - L'Autorité de la concurrence issue de la loi LME : entre aboutissement et nouveau départ*, Revue juridique de l'économie publique n° 683, Février 2011, étude 1.

<sup>86</sup> Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

de la concurrence de cette prérogative et a rappelé que la liberté d'entreprise ne pouvait être remise en cause de façon disproportionnée<sup>87</sup>.

Certains auteurs ont comparé la pratique de l'Autorité dans le cadre de ses attributions consultatives sur des questions générales de concurrence à celle d'un *lobby* sur le pouvoir exécutif et législatif<sup>88</sup>. Lorsque l'Autorité dépasse les attributions qui lui sont confiées par la loi, les avis généraux de marché semblent devenir un outil stratégique pour faire pression sur les pouvoirs publics. En effet, dans la mesure où l'Autorité de la concurrence se donne pour seul critère d'action la défense du bien-être des consommateurs, elle est perçue comme la « sentinelle »<sup>89</sup> de ces derniers. La légitimité de l'Autorité de la concurrence semble d'ailleurs particulièrement bien intégrée dans l'opinion publique puisque 91% des français ont répondu que l'Autorité de la concurrence est un organisme nécessaire pour faire respecter la concurrence en France<sup>90</sup>. Dès lors, les pouvoirs publics pourraient craindre les retombées politiques provoquées par de l'incompréhension des citoyens dès lors qu'ils ne suivraient pas les recommandations publiques de l'Autorité exprimées dans le cadre de ses avis.

Bien que l'Autorité, autorité de régulation « horizontale » n'ait pas, à la différence des autorités de régulation sectorielles, vocation à construire le marché, son absence de pouvoir d'initiative règlementaire semble largement compensé par son pouvoir consultatif sur toute question générale de concurrence<sup>91</sup>. En outre, l'Autorité a également usé de ses prérogatives afin de faire pression sur les opérateurs économiques en dehors de tout contentieux.

## II. Un outil d'orientation renforcé par la menace de la sanction

Bien qu'il soit souvent souligné que l'Autorité « ne manie pas que le bâton »<sup>92</sup>, elle est avant tout perçue comme un organe agissant sur les marchés afin de sanctionner les comportements déviants. Largement relayé par la presse, le montant record –plus d'un milliard d'euros–

---

<sup>87</sup> Décis. n° 2015-715 DC du 5 août 2015, pts 27 s.

<sup>88</sup> DESCHAMPS Marc, *L'Autorité de la concurrence doit-elle dans le cadre de sa fonction consultative disposer de toutes libertés*, Revue Lamy Concurrence n° 33, oct.-déc. 2012, p. 85.

<sup>89</sup> LASSERRE Bruno, *L'office de l'Autorité de la concurrence in Justice et cassation*, dossier L'office du juge, Revue annuelle avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Dalloz 2010, p. 115.

<sup>90</sup> Résultats d'une enquête menée en 2012 par TNS Sofres à la demande de l'Autorité de la concurrence sur l'opinion des français à propos de la concurrence en France.

<sup>91</sup> MÈNURET Jean-Jacques, *Fascicule 60 : l'Autorité de la concurrence*, JurisClasseur Lexisnexis.

<sup>92</sup> Le Nouvel Economiste, *Bruno Lasserre, Régulateur de l'année*, publié sur le site internet le 19 décembre 2013 : <http://www.lenouveleconomiste.fr/bruno-lasserreregulateur-de-lannee-21042/>

franchi par l'Autorité en 2014 donne manifestement plus de visibilité à ses attributions contentieuses que consultatives. Ce montant a d'ailleurs augmenté en 2015 puisque le montant total des amendes a atteint la somme de 1 252 310 000 €<sup>93</sup>.

Comme a pu le mentionner Patrick Spillaert, ancien vice-président de l'Autorité de la concurrence, « *il ne faut pas douter de l'utilité de la procédure d'avis dans la mesure où l'Autorité elle-même est crainte et dispose d'un arsenal répressif conséquent* »<sup>94</sup>. Les avis généraux de marché présentent des enjeux importants pour les entreprises (A), et ce d'autant plus que l'Autorité y émet des recommandations qui s'apparentent à des injonctions (B).

#### A. Des avis aux enjeux significatifs pour les opérateurs économiques

Une saisine d'office pour avis sur une question générale de concurrence est un premier indice pour les entreprises de l'intérêt que l'Autorité porte à une problématique concurrentielle particulière. A cet égard, leur simple existence comporte un message qui peut être l'annonce d'enquêtes de concurrence contentieuses pour le futur<sup>95</sup>. Cela s'est confirmé à la suite de l'avis rendu sur l'utilisation croisée des bases de clientèles<sup>96</sup>. Dans cet avis, l'Autorité précise qu'au regard des caractéristiques du secteur de la téléphonie mobile –fortes barrières à l'entrée et un nombre très réduit d'opérateurs– la généralisation des offres de convergence (offres « quadruple play ») présentait des risques significatifs de verrouillage et de distorsion de la concurrence au bénéfice des opérateurs installés. Face à ce constat, l'Autorité a accompagné son avis d'un certain nombre de recommandations concrètes concernant notamment la durée des engagements et ou encore les conditions de sortie des clients. A cet égard, Bruno Lasserre a affirmé que la mise en œuvre de ces recommandations permettrait d'« *aider à rééquilibrer le bilan concurrentiel de ces stratégies* »<sup>97</sup>. L'Autorité ne manquera pas d'ouvrir une enquête, moins de trois mois après avoir rendu son avis, afin de déterminer si elle devrait se saisir de l'affaire.

---

<sup>93</sup> Rapport d'activité de l'Autorité de la concurrence pour l'année 2015.

<sup>94</sup> SPILLAERT Patrick, *Quelques considérations sur l'activité consultative de l'Autorité de la concurrence*, Contrats Concurrence Consommation 2011, dossier 6.

<sup>95</sup> DE DROUAS Marie, FAURANT Chimène et HUBERT Patrick, *Les entreprises face au pouvoir consultatif renforcé de l'Autorité de la concurrence*, Concurrences 3-2011, p. 230.

<sup>96</sup> Aut. conc., avis n° 10-A-13 du 14 juin 2010 relatif à l'utilisation croisée des bases de clientèle (rendu sur le fondement de l'art. 462-4 C. com.).

<sup>97</sup> LASSERRE Bruno, *La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : un point de vue d'autorité (1ère partie)*, Revue Concurrences n° 3-2010, pp. 35-46.



En outre, certains avis, par la rumeur qu'ils créent, peuvent susciter des plaintes d'autres entreprises<sup>98</sup>. Ces plaintes semblent d'ailleurs être encouragées par l'Autorité dans la mesure où certains de ses avis se terminent par un tableau qui s'apparente à un guide pour déposer une plainte à l'intention des avocats et des entreprises. Il en fût par exemple ainsi dans l'avis sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne rendu à la demande du Gouvernement<sup>99</sup>. A noter que Google, conscient des risques encourus à l'issue de la publication de l'avis, a « librement » pris un certain nombre d'engagements au cours de l'instruction<sup>100</sup>.

Bien que les avis généraux de marché n'aient pas pour objet de poursuivre les entreprises, ils ne constituent pas moins un « *diagnostic précis des entorses à la loi* »<sup>101</sup>. Ainsi, ils démontrent, analysent et établissent une photographie de l'état concurrentiel d'un secteur économique avec un gros plan sur les verrous causés par le positionnement de certaines entreprises. Conscientes des risques qu'elles encourent, les entreprises concernées suivent, le plus souvent, de manière spontanée les recommandations qui sont formulées dans les avis généraux de marché. Cela est d'autant plus vrai que les recommandations se font de plus en plus précises, allant même parfois jusqu'à viser un opérateur en particulier.

#### B. Des recommandations s'apparentant à des injonctions

Les avis rendus sur le fondement de l'article L. 462-1 ou L. 462-4 du Code de commerce, portant sur une question générale de concurrence, doivent vraisemblablement se limiter à la formulation de recommandations "générales". A cet égard, Patrick Spillaert est très clair : « *il convient d'avoir à l'esprit que l'activité consultative ne permet pas à l'Autorité d'émettre des injonctions à l'égard des acteurs publics ou du monde économique et que le droit de la*

---

<sup>98</sup> DE DROUAS Marie, FAURANT Chimène et HUBERT Patrick, *Les entreprises face au pouvoir consultatif renforcé de l'Autorité de la concurrence*, Concurrences 3-2011, p. 230.

<sup>99</sup> Aut. conc., avis n°10-A-29 du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne (rendu sur le fondement de l'article L. 462-1 C. com.).

<sup>100</sup> MARTY Frédéric, *L'Autorité de la concurrence publie un avis révélant son analyse du fonctionnement du marché de la publicité en ligne et la Commission européenne ouvre des enquêtes approfondies sur les pratiques de marché de Google*, Concurrences, 1-2011, pp. 104-109.

<sup>101</sup> SÉLINSKY Véronique, *Le rapport pour 2011 – Les premiers mois de l'année 2012 et les perspectives d'évolution du droit de la concurrence*, Revue Lamy de la concurrence 2013, p. 34.

*concurrence est un droit d'essence libéral qui renvoie les acteurs de marché à leurs propres responsabilités et aux adaptations qu'il leur est nécessaire d'entreprendre »<sup>102</sup>.*

La pratique de l'Autorité est, quant à elle, beaucoup moins claire. Certains avis de l'Autorité ne se contentent plus de pré-réglementer certains secteurs mais vont jusqu'à remettre en cause certaines pratiques de façon extrêmement précise voire circonstanciée. Dans l'avis précité n° 10-A-26 relatif au secteur de la distribution alimentaire, l'Autorité fixe une durée maximale de 5 ans pour les contrats de franchise ou encore préconise de supprimer les clauses de non-concurrence et les droits de propriété dans les contrats d'acquisition de foncier commercial. Plus qu'à des recommandations, les préconisations ainsi formulées s'apparentent plutôt à des injonctions dont le non-respect expose les opérateurs, à coup sûr, à une procédure contentieuse.

Un exemple plus récent, intervenant encore une fois dans le secteur de la grande distribution alimentaire<sup>103</sup>, invite clairement les opérateurs concernés à modifier certaines de leurs pratiques de négociation. Bien que cet avis ne désigne pas directement les entreprises concernées, la doctrine n'a d'ailleurs pas manqué de souligner que certaines des principales enseignes de la grande distribution alimentaires qui avaient annoncé leur rapprochement par la conclusion d'accords de regroupement à l'achat « *ne manqueraient pas de se reconnaître à la lecture de cet avis* »<sup>104</sup>. Les mises en garde formulées par l'Autorité à travers la grille de lecture des comportements à risque n'ont sans doute pas été ignorées lors des négociations commerciales entre enseignes de la grande distribution et leurs fournisseurs qui ont commencé à la fin de l'année 2015 et se sont terminées le 29 février 2016.

\*

---

<sup>102</sup> SPILLAERT Patrick, *Quelques considérations sur l'activité consultative de l'Autorité de la concurrence*, Contrats Concurrence Consommation 2011, dossier 6.

<sup>103</sup> Aut. conc., avis n° 15-A-06 du 31 mars 2015 relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution alimentaire (rendu sur le fondement de l'article L. 462-1 C. com.).

<sup>104</sup> FOURGOUX Jean-Louis, *L'Autorité de la concurrence transfigurée par la loi Macron*, AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2015 p. 404.

Selon Bruno Lasserre, « *si l'avis de l'Autorité est éclairé et rigoureux, il sera pris en compte par les entreprises* »<sup>105</sup>. S'il est vrai qu'un avis éclairé peut aider les entreprises à se conformer aux règles de concurrence, un avis trop détaillé les amène à choisir entre suivre les recommandations avancées par l'Autorité ou affronter le contentieux dans le cas contraire. Certains avis généraux de marché sont donc des actes de portée ambiguë : bien peu d'entreprises prendront le risque de poursuivre des pratiques qui sont critiquées dans ces actes pourtant juridiquement non décisives.

---

## TITRE 2

### LES AVIS GÉNÉRAUX DE MARCHÉ : DES ACTES DE PORTEE AMBIGUË

---

Le rapport de l'Assemblée nationale sur les autorités administratives indépendantes adopté en 2010<sup>106</sup> a soulevé le risque d'un nouveau mode d'intervention au moyen d'actes de droit mou. On comprend l'inquiétude que suscite ce recours accru à ce type d'actes : dépourvus d'effets décisives, ils sont insusceptibles de faire l'objet d'un recours et échappent ainsi à toute contestation. Bien que ce rapport ait assez largement épargné l'Autorité de la concurrence, il semblerait que ce soit en raison du fait que l'appréciation ait principalement porté sur le comportement passé du Conseil sans tenir compte des pouvoirs nouveaux de l'Autorité. En effet, la faculté dont elle dispose de se saisir de toute question de concurrence et de formuler des recommandations a bouleversé la pratique de l'Autorité. Certains avis généraux de marché ne se limitent plus à des considérations générales sur le secteur concerné mais sont de véritables normes en puissance (Section 1). Ce changement de nature des avis généraux de marché a d'ailleurs amené le Conseil d'État à reconnaître qu'ils pouvaient faire « grief » aux entreprises. Cette ouverture du prétoire est toutefois une réponse insuffisante aux enjeux soulevés par le changement de nature des avis généraux de marché (Section 2).

#### SECTION 1 LE CHANGEMENT DE NATURE DES AVIS GÉNÉRAUX DE MARCHÉ

La pratique récente de l'Autorité de la concurrence quant aux avis généraux de marché laisse entendre que cet instrument permettrait à l'Autorité de réguler a priori des pratiques, et d'édicter ainsi une sorte de soft law en se contentant de formuler des positions critiques sur

---

<sup>105</sup> LASSERRE Bruno, *La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : un point de vue d'autorité (1ère partie)*, Revue Concurrences n° 3-2010, pp. 35-46.

<sup>106</sup> AN, n° 2925, 28 octobre 2010, spéc. p. 53 et s.

des situations ou des comportements, sans avoir à faire l'effort de les qualifier juridiquement (I). Cette nouvelle forme de régulation des marchés en France est d'autant plus synonyme de dérives que les avis généraux de marché semblent désormais avoir valeur de précédent pour l'Autorité elle-même et de manière beaucoup plus inquiétante, pour les juridictions (II).

### I. La confusion des missions consultative et contentieuse

Selon le Professeur René Chapus, le sens du terme avis est « *l'antithèse la plus simple et immédiate de celui de décision* »<sup>107</sup>. Cette affirmation ne semble pas aller de soi s'agissant de certains avis généraux de marché de l'Autorité. Certains s'apparentent en effet à des « quasi-décisions » en ce qu'ils visent spécifiquement certains opérateurs et formulent des recommandations particulièrement précises (A). Cette confusion des missions consultatives et contentieuses couplée à l'« hyper-régulation » en amont des marchés (que ce soit par les avis sur des questions générales de concurrence ou par le recours massif aux procédures négociées) au détriment du contentieux n'est cependant pas sans limites (B).

#### A. La subjectivisation des avis généraux de marché

Selon Bruno Lasserre, « *des différences profondes séparent les avis portant sur des questions générales de concurrence et les décisions individuelles. Ils éclairent sur une problématique donnée, sans évaluer de façon individualisée les éléments concrets qu'il faudrait prendre en considération pour se déterminer sur le caractère anticoncurrentiel d'une pratique spécifique* »<sup>108</sup>. La pratique de l'Autorité conduit pourtant à nuancer ce propos.

En effet, certains avis s'attachent plus à étudier la position d'un opérateur sur le marché concerné qu'à fournir un diagnostic concurrentiel large sur le secteur. La pratique de l'Autorité va jusqu'à amener certains auteurs à parler d'un phénomène de « subjectivisation » des avis généraux de marché.<sup>109</sup> Deux avis sont particulièrement illustratifs de cette tendance : l'avis relatif au fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne<sup>110</sup> et l'avis relatif à la

---

<sup>107</sup> CHAPUS René, *Droit du contentieux administratif*, 12e éd., Montchrestien, 2006, p. 653.

<sup>108</sup> LASSERRE Bruno, *La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : un point de vue d'autorité (1ère partie)*, *Revue Concurrences* n° 3-2010, pp. 35-46.

<sup>109</sup> BOSCO David, *Un avis de l'Autorité de la concurrence ne peut pas faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir*, *Contrats Concurrence Consommation* n° 12, Décembre 2012, comm. 282.

<sup>110</sup> Aut. conc., avis n°10-A-29 du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne (rendu sur le fondement de l'article L. 462-1 C. com.).

situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris rendu en 2012<sup>111</sup>. Le premier avis visait à répondre aux inquiétudes et critiques exprimées à propos de la « position de leader » de Google, c'est-à-dire sur une entreprise bien précise. Cet avis présente certes l'intérêt de définir pour la première fois le marché de la publicité liée aux moteurs de recherche et de considérer qu'il s'agit d'un marché autonome mais la doctrine n'a pas manqué de souligner que cet avis « n'a finalement été rendu que pour mieux appréhender la position et les pratiques de Google sur le marché en question »<sup>112</sup>. L'Autorité de la concurrence établit en effet que la position de Google peut la mettre en situation d'être tenue responsable pour deux types d'abus : un abus d'éviction et un abus d'exploitation. Elle précise toutefois que l'évaluation réalisée ne peut être interprétée de façon trop directe comme une appréciation de la compatibilité de la stratégie de Google avec les règles de concurrence<sup>113</sup>. Malgré la prudence dont a fait preuve l'Autorité, certains auteurs n'ont pas manqué de remarquer que cet avis « portait moins sur le fonctionnement de la concurrence dans le secteur en général que sur les pratiques particulières de la société Google<sup>114</sup> ». Dans l'avis n° 12-A-01 sur lequel nous sommes déjà largement revenu l'Autorité est allée jusqu'à viser une entreprise en particulier, le Groupe Casino, et à identifier un degré excessif de concentration de l'offre au profit du groupe Casino et de sa filiale co-détenue Monoprix. L'Autorité a donc affirmé que l'omniprésence du groupe dans la capitale pouvait constituer un obstacle à la concurrence. C'est d'ailleurs dans le cadre des « recommandations » que l'on trouve les éléments les plus pertinents et les plus explicites quant à une éventuelle infraction aux règles de concurrence de la part du groupe Casino.

En définitive, la pratique de l'Autorité laisse entendre que les avis généraux de marché sont « une nouvelle manière de traiter les problèmes concurrentiels par une sorte de premier avertissement sans frais »<sup>115</sup>. Ils sont alors utilisés comme un « coup de semonce »<sup>116</sup> précontentieux que les entreprises peuvent, comme nous l'avons vu précédemment,

---

<sup>111</sup> Aut. conc., avis n° 12-A-01 du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris (rendu sur le fondement de l'article L. 461-2 C. com.).

<sup>112</sup> DE DROUAS Marie, FAURANT Chimène et HUBERT Patrick, *Les entreprises face au pouvoir consultatif renforcé de l'Autorité de la concurrence*, Concurrences 3-2011, p. 230.

<sup>113</sup> Aut. conc., avis n° 10-A-29 précité, pt. 108.

<sup>114</sup> BOSCO David, *Google dans le viseur de l'Autorité de la concurrence*, Contrats Concurrence Consommation 2011, comm. 36.

<sup>115</sup> *Ibid.*

<sup>116</sup> DE DROUAS Marie, FAURANT Chimène et HUBERT Patrick, *Les entreprises face au pouvoir consultatif renforcé de l'Autorité de la concurrence*, Concurrences 3-2011, p. 230.

difficilement ignorer. Pour reprendre les termes du Professeur Bosco « sous l'effet de ce phénomène de subjectivisation des avis, la frontière se brouille entre la mission contentieuse et la mission consultative de l'Autorité, celle-ci paraissant parfois jouer le rôle d'une sorte de substitut adouci de celle-là »<sup>117</sup>. Cette substitution au détriment du contentieux des pratiques anticoncurrentiel ne s'effectue pas sans poser problème.

#### B. Les limites inhérentes à la substitution des missions : l'absence de qualification juridique

Bien que les avis généraux de marché permettent de délivrer des informations plus complètes aux opérateurs économiques que celles apportées par le traitement au cas par cas propre au contentieux, ils ne sauraient toutefois s'y substituer. Pourtant, dès 2009, soit l'année où l'Autorité s'est vue attribuer la faculté de s'autosaisir d'une question, le nombre d'avis rendus a dépassé le nombre de saisines contentieuses (69 avis rendus dont deux autosaisines contre 65 décisions). Cette situation s'est d'ailleurs répétée en 2014 (35 avis dont une autosaisine contre 33 décisions).

Rappelons le, contrairement à la procédure contentieuse, la procédure d'avis ne débouche pas sur des qualifications juridiques. Pour les avis généraux de marché rendus sur le fondement de l'article L. 461-2 et L. 462-4 du Code de commerce, cela est d'autant plus évident que les questions qui ont normalement vocation à être traitées sont des questions générales de concurrence. Toutefois, certains avis relatifs à des questions générales de concurrence ont confirmé les craintes relatives aux dérives potentielles d'une telle procédure. Véritable arme aux mains de l'Autorité pour réguler a priori les pratiques, les avis généraux de marché ont permis à l'Autorité de prendre position sur des éléments affectant d'une manière ou d'une autre le jeu de la concurrence, sans avoir à qualifier de façon rigoureuse de telles pratiques au regard des règles du droit de la concurrence. La qualification juridique est pourtant essentielle en droit : il s'agit de rattacher la situation factuelle à une catégorie de manière à susciter l'application du régime correspondant.

---

<sup>117</sup> BOSCO David, *Un avis de l'Autorité de la concurrence ne peut pas faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir*, *Contrats Concurrence Consommation* 2012, comm. 282.

Dans certains avis, alors même que l’Autorité s’exprime de manière très circonstanciée sur les pratiques de certains opérateurs sur le marché concerné, il n’est pas aisé de parvenir à identifier les fondements juridiques qui viendraient justifier la prohibition des pratiques envers lesquelles l’Autorité émet des réserves. La saisine pour avis sur l’utilisation croisée des bases de clientèle<sup>118</sup> en est une bonne illustration. Hormis l’abus de position dominante, il est malaisé de savoir quel fondement serait en mesure de justifier une prohibition de l’utilisation croisée des bases de clientèle au sein d’un même groupe actif dans des secteurs distincts.

En définitive, si l’activité consultative est nécessaire pour apporter des éclairages et des signaux plus complets, elle ne permet toutefois pas d’apporter au droit ce qu’apporte le contentieux : une interprétation normative de la situation de fait qui pourra être contestée devant un juge en cas d’interprétation erronée. La pratique de l’Autorité laisse présager qu’une étape de plus a été franchie dans la voie initiée par les procédures négociées. Des saisines contentieuses qui donnaient lieu à des applications particulières avec des sanctions ou des engagements visibles, le temps est maintenant à celui de « la définition de principes généraux dans le cadre d’une procédure sans parties, sans contradictoire, sans recours »<sup>119</sup>. La confusion des missions consultatives et contentieuses et d’autant plus frappante que les avis tendent à devenir de véritables précédents.

## II. Une valeur de précédent accordée aux avis généraux de marché

Bien que les avis généraux de marché, rendus en dehors de toute procédure contradictoire, n’aient, par conséquent, pas vocation à s’appliquer à des cas particuliers, ils constituent en réalité « un référentiel incontournable pour d’éventuels examens postérieurs au contentieux »<sup>120</sup> que ce soit devant l’Autorité elle-même (A) ou devant les juridictions (B).

### A. Des avis ayant en pratique valeur de précédent pour l’Autorité

Ainsi que le notait Bruno Lasserre, les avis rendus par l’Autorité « ne préjugent en rien l’analyse qui pourrait être celle du collège s’il était appelé à examiner une pratique donnée,

---

<sup>118</sup> Aut. conc., avis n° 10-A-13 du 14 juin 2010 relatif à l’utilisation croisée des bases de clientèle (rendu sur le fondement de l’art. 462-4 C. com.).

<sup>119</sup> JALABERT-DOURY Nathalie, *Nouvelles formes d’intervention des autorités de concurrence : le point de vue des entreprises*, Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2013, dossier 8.

<sup>120</sup> DE DROUAS Marie, DURANT Emmanuel et HUBERT Patrick, *L’Autorité de la concurrence, un an après : point de vue d’usagers*, Concurrences, 2-2010, p. 34.

*dans le cadre d'une pratique contentieuse* »<sup>121</sup>. Patrick Spillaert, ancien vice-président, nuance le propos en précisant que « *lorsqu'une question juridiquement importante a été bien analysée dans un avis, l'avis a vocation à éclairer la pratique décisionnelle, même s'il n'engage pas la formation du Collège se prononçant au contentieux* »<sup>122</sup>.

Une telle séparation entre activité consultative et contentieuse apparaît, au regard de la pratique de l'Autorité, très artificielle. L'avis relatif à la grande distribution alimentaire<sup>123</sup> en atteste. Depuis l'adoption de cet avis fin 2010, il est régulièrement cité dans les décisions de l'Autorité comme ayant permis d'établir l'existence de certaines caractéristiques des marchés concernés<sup>124</sup>.

L'Autorité a également vérifié dans une décision ultérieure relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire que les engagements qui lui étaient proposés par cette entreprise étaient « compatibles » avec l'analyse menée dans le cadre de son avis n° 10-A-26<sup>125</sup>. En outre, et de manière tout à fait étonnante, l'Autorité apprécie le caractère abusif de certaines pratiques de l'opérateur au regard de l'analyse menée dans de précédentes décisions mais également au regard de l'avis n° 10-A-26<sup>126</sup>.

Si cela semble cohérent avec l'idée que les avis rendus sur des questions générales de concurrence ont vocation à éclairer la pratique de l'Autorité cela n'en appelle pas moins deux critiques. D'une part, l'Autorité semble accorder autant de valeur aux avis qu'aux décisions comme en témoigne la formulation assez troublante « *Or, si dans de précédents avis et décisions...* »<sup>127</sup>. En ce sens, les avis semblent, au même titre que les décisions précédentes de l'Autorité, avoir valeur de précédent et ce alors même que le mode d'analyse est sensiblement

---

<sup>121</sup> LASSERRE Bruno, La nouvelle Autorité de la concurrence, interview de Bruno Lasserre, Concurrences n°1-2009, n° 23511, pp. 6-10.

<sup>122</sup> SPILLAERT Patrick, *Les avis de l'Autorité de la concurrence*, Concurrences, 3-2010, p. 58 s.

<sup>123</sup> Aut. conc., 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.

<sup>124</sup> Aut. conc., déc. n° 12-DCC-63, 9 mai 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Guyenne et Gascogne SA par la société Carrefour SA. - Aut. conc., déc. n° 11-DCC-87, 10 juin 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Media Concorde SNC par la société High Tech Multicanal Group.

<sup>125</sup> Aut. conc., déc. n° 11-D-20, 16 déc. 2011 relative à des pratiques mises en oeuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire.

<sup>126</sup> Aut. conc., déc. n° 11-D-20, pt. 58.

<sup>127</sup> Aut. conc., déc. n° 11-D-20, pt. 58.



différent pour les avis et pour les décisions. Un avis ne peut être aussi circonstancié qu'une décision rendue au fond qui ne peut être rendue qu'après une analyse *in concreto* de l'impact d'une pratique sur le marché. D'autre part, le fait que les avis tendent à devenir des précédents n'est pas sans poser problème au regard du fait que l'analyse menée par un avis est insusceptible d'être reprise et invalidée par la Cour d'appel de Paris. Dès lors, dans le cas de mauvaise interprétation ou d'omission, l'analyse a tout de même vocation à orienter le contentieux.

On peut donc être surpris voire inquiets lorsqu'une décision de l'Autorité de la concurrence se réfère à un avis, surtout lorsque ce dernier porte sur une question générale de concurrence. Les avis généraux de marché semblent donc parfois préjuger des affaires dont a à connaître l'Autorité et, de manière beaucoup plus surprenante mais tout aussi inquiétante, celles dont ont à connaître les juridictions.

#### B. Une réception inquiétante du côté juridictionnel

Afin de limiter les risques d'une réception trop directe de ses avis par les juridictions, l'Autorité rappelle dans la plupart de ses avis qu'il « *ne lui appartient pas, dans le cadre d'une saisine d'office pour avis, d'apprécier et à plus forte raison de qualifier les comportements spécifiques de tel ou tel acteur économique sur un marché* » au regard des règles de concurrence<sup>128</sup> ou selon une autre formulation que « *seules une saisine contentieuse et la mise en œuvre d'une procédure contradictoire prévue au livre IV [du Code de commerce] sont de nature à permettre une appréciation de la licéité de la pratique considérée au regard desdites dispositions* »<sup>129</sup>.

Certains praticiens ne manquent pas de souligner que cette précaution n'est pas systématique. Ainsi, Maître Jalabert-Doury<sup>130</sup> note que cette réserve était totalement absente dans les avis de

---

<sup>128</sup> Aut. conc., 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 (rendu sur le fondement de l'article L. 462-4 C. com.).

<sup>129</sup> Aut. conc., avis n° 13-A-02 du 21 janvier 2013 relatif à la situation des opérateurs de réseaux mobiles virtuels (MVNO) sur les marchés de la téléphonie mobile en France (rendu sur le fondement de l'article L. 462-1 C. com.).

<sup>130</sup> JALABERT-DOURY Nathalie, *Nouvelles formes d'intervention des autorités de concurrence : le point de vue des entreprises*, Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2013, dossier 8.

2012 relatifs aux messageries de presse<sup>131</sup>. Lorsque l’Autorité prend soin de procéder à cet heureux rappel, il ne s’agit au mieux que d’un paragraphe sur des avis pouvant parfois contenir plusieurs dizaines de pages. Par ailleurs, les communiqués de presse sont rarement porteurs de la même précaution<sup>132</sup>. Dans l’avis relatif à la situation des opérateurs de réseaux mobiles virtuels (MVNO) sur les marchés de la téléphonie mobile en France, l’Autorité indiquait qu’il n’entraîne pas dans l’objet de l’avis d’établir dans quelle mesure certaines des offres commercialisées par les opérateurs sont répliquables par les MVNO. Le communiqué de presse, lui, a indiqué que « *l’Autorité a relevé que les MVNO pouvaient rencontrer certaines difficultés pour répliquer les nouvelles offres lancées par les opérateurs de réseau* »<sup>133</sup>.

Par conséquent, la confusion qui s’installe quant à la nature des avis de l’Autorité de la concurrence est de plus en plus criante dans la jurisprudence. La Cour d’appel de Paris a par exemple usé d’une formulation trahissant cette confusion: « *conformément à l’avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 de l’Autorité de la concurrence, l’expression d’une préférence dans le droit des contrats commerciaux doit au moins être strictement limitée au regard des dispositions relatives à la libre concurrence et à la sanction des pratiques anticoncurrentielles [...]* »<sup>134</sup>. La formulation « conformément à l’avis » est inappropriée au regard de la nature d’acte non décisive que doivent en principe revêtir les avis généraux de l’Autorité de la concurrence.

Le tribunal de commerce de Paris, qui est de plus en plus souvent saisi de questions de concurrence, a donné le sentiment d’intégrer bien plus directement les avis de l’Autorité. Dans son jugement du 31 janvier 2012, *Bottin Cartographes c/ Google*<sup>135</sup>, le tribunal a établi la position dominante de Google en faisant, entre autre, référence au fait que « *l’Autorité de la concurrence a, dans un avis du 14 décembre 2010, considéré que Google occupait une « position fortement dominante » sur le marché des publicités liées aux recherches sur internet* »<sup>136</sup>. Google Inc. et Google France ont d’ailleurs été solidairement condamnées à verser 500 000 € à Bottin Cartographes, en réparation du préjudice causé par l’abus de

---

<sup>131</sup> Aut. conc., avis n° 12-A-24 et 12-A-25.

<sup>132</sup> JALABERT-DOURY Nathalie, *Nouvelles formes d’intervention des autorités de concurrence : le point de vue des entreprises*, Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2013, dossier 8.

<sup>133</sup> Aut. conc., communiqué de presse 21 janv. 2013.

<sup>134</sup> CA Paris, 13 juin 2012, RG 10/25262, *Le Merre c/ Carrefour*.

<sup>135</sup> T. com. Paris, 31 janv. 2012, *Bottin Cartographes / Google France, Google Inc*, RG n°009-061231.

<sup>136</sup> *Ibid.*

position dominante de Google Maps sur le marché de la cartographie en ligne. Il est d'ailleurs intéressant de relever que la cour d'appel de Paris, saisie d'un appel à l'encontre de cette décision, a sursis à statuer en l'absence d'éléments suffisants et a demandé à l'Autorité de la concurrence son avis sur le caractère anticoncurrentiel de la pratique alléguée comme l'y autorise l'article L. 462-3 du Code de commerce<sup>137</sup>. Autre exemple, le tribunal de commerce de Lille<sup>138</sup> a considéré comme abusive une pratique, essentiellement au motif que l'Autorité s'était exprimée en défaveur d'une pratique de même nature dans le cadre d'une procédure d'avis.

La pratique de l'Autorité tend à transformer les avis généraux de marché en de véritables normes en puissance. Quasi-décisions en ce qu'ils peuvent aller jusqu'à viser des opérateurs particuliers et formuler des injonctions déguisées sous la forme de recommandations, ils s'apparentent également à des précédents jurisprudentiels préjugeant les affaires portées au contentieux. Les avis généraux de marché présentent donc des effets manifestes sur la situation des entreprises qu'ils peuvent aller jusqu'à viser directement. L'évolution de la position du Conseil d'Etat à leur égard en atteste.

## SECTION 2 LA RECONNAISSANCE DES EFFETS DES AVIS GENERAUX DE MARCHE

A travers certains avis généraux de marché, l'Autorité de la concurrence joue « *sur la dynamique concurrentielle du marché considéré en dehors de toute procédure contentieuse ou d'une décision sur le fond* »<sup>139</sup>. La question du contrôle juridictionnel, déjà posée pour l'ensemble des procédures négociées dans le cadre de ses compétences contentieuses, n'a donc pas manqué de se poser dans le cadre de ses compétences consultatives dans la mesure où elles poursuivent des effets directs sur la concurrence. En effet, l'Autorité de la concurrence « *a vu, en 2012, son activité consultative discutée, de façon plus novatrice et audacieuse, au plan contentieux* »<sup>140</sup>. Comme l'a souligné Carole Champalaune<sup>141</sup>, « *cette émergence en 2012 de la contestation contentieuse des avis marquait une forme*

---

<sup>137</sup>CA Paris, 20 novembre 2013, Google France, Google Inc. / Bottin Cartographes.

<sup>138</sup>T. com. Lille, 6 janv. 2010, RG n°2009-05184.

<sup>139</sup>MARTY Frédéric, *L'Autorité de la concurrence publie un avis révélant son analyse du fonctionnement du marché de la publicité en ligne et la Commission européenne ouvre des enquêtes approfondies sur les pratiques de marché de Google*, Concurrences, 1-2011, pp. 104-109.

<sup>140</sup>CHAMPALAUNE Carole, *Nouvelles formes d'intervention des autorités de concurrence : procédure des avis de l'Autorité*, Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2013, dossier 7.

<sup>141</sup>Anciennement rapporteure générale adjointe et désormais directrice des affaires civiles et du Sceau.

*d'aboutissement d'un processus d'analyse de plus en plus critique de l'activité consultative de l'Autorité de la concurrence, spécialement dans ses développements nés du pouvoir qui lui a été donné [...] de s'autosaisir pour émettre un avis »<sup>142</sup>.*

Véritable « zone de non droit »<sup>143</sup> pendant quelques années en raison de l'absence de recours possible à leur encontre (I), l'ouverture récente à leur encontre du recours devant le Conseil d'Etat reste une réponse insuffisante et inadéquate afin de protéger les entreprises des dérives suscitées par la pratique de l'Autorité (II).

### I. Les avis généraux de marché longtemps restés « zone de non droit »

Les avis généraux de marché, ne relevant pas du champ des décisions prononcées au titre des pratiques anticoncurrentielles, sont fermés au recours judiciaire (A). En outre, n'étant pas par principe des actes décisifs, ils sont longtemps restés insusceptibles de recours en annulation devant le Conseil d'Etat et ce, malgré les effets évidents que certains avis pouvaient présenter sur la situation de certains opérateurs concernés par l'avis (B).

#### A. Des actes échappant au contrôle du juge judiciaire

L'Autorité de la concurrence, étant un organisme administratif<sup>144</sup>, les décisions qu'elle adopte sur de nature administrative. Parmi ces décisions, certaines relèvent du juge judiciaire au terme d'un transfert que le Conseil constitutionnel a désigné de « précis et limité »<sup>145</sup> qui les soustrait au contrôle du Conseil d'Etat. Ainsi, les décisions de l'Autorité de la concurrence concernant les pratiques anticoncurrentielles<sup>146</sup> peuvent être contestées, par voie de recours en annulation, devant la Cour d'appel de Paris. Les arrêts de cette dernière, rendus en premier et dernier ressort peuvent être réformés par la Cour de cassation<sup>147</sup>.

---

<sup>142</sup> *Ibid.*

<sup>143</sup> THILL-TAYARA Mélanie, *Les avis de l'Autorité de la concurrence : zone de non droit*, Les Échos, 5 déc. 2012 - <http://business.lesechos.fr/directions-generales/gouvernance/conseil-d-administration-surveillance/0202420286560-les-avis-de-l-autorite-de-la-concurrence-zone-de-non-droit-3271.php>

<sup>144</sup> Et plus précisément une autorité administrative indépendante en vertu de l'article L. 461-1 du code de commerce issu de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008.

<sup>145</sup> Cons. const., 23 janv. 1987, n° 86-224, Rec. Cons. const. 1987, p. 8.

<sup>146</sup> Qu'il s'agisse des décisions de rejet (article L. 462-8 du Code de commerce) ou de mesures adoptées au titre des articles L. 464-1 à L. 464-6-1 du Code de commerce.

<sup>147</sup> Article L. 464-8 du Code de commerce.

Comme le rappelle Patrick Spillaert, « *contrairement au champ contentieux, la procédure d'avis ne débouche pas sur des qualifications juridiques ou des mises en cause d'entreprises. Elle ne permet pas davantage de se prononcer par avance sur un point contentieux en cours* »<sup>148</sup>. Tirés de ses attributions consultatives, les avis sur des questions générales de concurrence sont donc, à l'évidence, insusceptibles de recours devant la Cour d'appel de Paris. Si cela n'est pas contestable pour des avis par lesquels l'Autorité émet des observations et des recommandations générales sur le marché considéré, il en est différemment pour les avis qui contiennent des qualifications ou injonctions déguisées ; d'autant plus que l'Autorité « *use de la menace que constitue son pouvoir de sanction pour obtenir des entreprises qu'elles modifient leur comportement sans pour autant se soumettre aux contraintes d'une procédure contentieuse et sans qualifier précisément les pratiques qu'elle veut faire cesser* »<sup>149</sup>. Elle échappe ainsi au risque d'une censure par le juge d'appel de l'ordre judiciaire et a longtemps également échappé au contrôle juridictionnel de l'ordre administratif.

#### B. Une reconnaissance administrative progressive des effets attachés aux avis

En dehors des hypothèses dans lesquelles le législateur a donné compétence à la Cour d'appel de Paris, le contentieux de l'Autorité de la concurrence ressort par principe de la compétence de l'ordre juridictionnel administratif, et plus précisément du Conseil d'État.

La contestation d'avis de l'Autorité devant le juge suprême des juridictions administratives est assez nouvelle. Le bouleversement de la pratique de l'Autorité a toutefois amené le Conseil d'État, habitué des recours contre les décisions de contrôle des concentrations, à connaître des avis généraux de marché. Une première série d'affaires a l'a conduit à maintenir une solution « très classique »<sup>150</sup>, le Conseil répugnant en général à reconnaître aux recommandations le caractère d'actes faisant grief<sup>151</sup>. Les deux arrêts rendus par le Conseil d'Etat le 11 octobre 2012 concernaient deux avis sur lesquels nous sommes déjà largement

---

<sup>148</sup> SPILLAERT Patrick, *Quelques considérations sur l'activité consultative de l'Autorité de la concurrence*, Contrats Concurrence Consommation 2011, dossier 6.

<sup>149</sup> DESCHAMPS Marc, *L'Autorité de la concurrence doit-elle dans le cadre de sa fonction consultative disposer de toutes libertés*, Revue Lamy Concurrence n° 33, oct.-déc. 2012, p. 85.

<sup>150</sup> BAZEX Michel, *Le régime juridique de la fonction de conseil de l'Autorité de la concurrence*, Dr. adm. 2013, comm. 2.

<sup>151</sup> BOSCO David, *Un avis de l'Autorité de la concurrence ne peut pas faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir*, Contrats Concurrence Consommation n° 12, Décembre 2012, comm. 282.

revenus. Le premier arrêt<sup>152</sup> concerne l'avis n° 10-A-26 rendu à l'issue d'une autosaisine de l'Autorité<sup>153</sup> et le second arrêt<sup>154</sup> porte quant à lui sur l'avis n° 12-A-01<sup>155</sup> sollicité par la Ville de Paris sur la base des dispositions de l'article L. 462-1 du Code de commerce. Par un considérant commun aux deux affaires, le Conseil d'État juge que « *les prises de position et recommandations [que l'Autorité] formule à cette occasion ne constituent pas des décisions faisant grief* »<sup>156</sup>. Un avertissement est tout de même adressé à l'Autorité : « *il en irait toutefois différemment si [les prises de positions et recommandations] revêtaient le caractère de dispositions générales et impératives ou de prescriptions individuelles dont l'Autorité pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance* ». S'il est vrai que cette décision atténue la rigueur du principe selon lequel seuls les actes créant des obligations sont susceptibles de recours, elle n'en ignore pas moins les effets des avis en cause sur la situation des entreprises requérantes. La doctrine a donc beaucoup commenté ces arrêts pour regretter « l'angle mort » qui en résultait en matière de régulation. Le Conseil d'État en rendait compte dans son étude annuelle sur le droit souple de 2013<sup>157</sup>. Considérant que le juge ne pouvait plus ignorer cette forme de régulation, le Conseil d'État y appelait, par conséquent, à « *poursuivre la construction d'une jurisprudence adaptée au contrôle du droit souple public* »<sup>158</sup>.

C'est ainsi que de nouveau saisi d'un recours portant sur des actes de droit souple<sup>159</sup>, le Conseil d'État a enfin admis dans deux décisions rendues le 21 mars 2016 la possibilité de tenir compte des effets pourtant non juridiques de ces actes pour apprécier leur légalité<sup>160</sup>. Il est désormais affirmé que les recommandations et prises de position de l'Autorité sont susceptibles de recours dans l'hypothèse – déjà visée par la décision de 2012 – où elles

---

<sup>152</sup> CE, 11 oct. 2012, n° 346378 et n° 346444, ITM Entreprises et a. (JurisData n° 2012-023237).

<sup>153</sup> Aut. conc., 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.

<sup>154</sup> CE, 11 oct. 2012, n° 357193, Sté Casino Guichard-Perrachon (JurisData n° 2012-022718).

<sup>155</sup> Aut. conc., avis n° 12-A-01 du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris.

<sup>156</sup> CE, 11 oct. 2012, n° 346378 et n° 346444, cons. 3 ; CE, 11 oct. 2012, n° 357193, cons. 2.

<sup>157</sup> Étude annuelle du Conseil d'État 2013, *Le droit souple*, Doc. fr., p. 61.

<sup>158</sup> *Ibid*, p. 174.

<sup>159</sup> Une prise de position de l'Autorité de la concurrence estimant que l'une des conditions imposées en 2012 par injonction lors de la nouvelle autorisation de rachat de TPS et Canal Satellite par Vivendi et le Groupe Canal Plus était devenue sans objet et un communiqué de presse de l'Autorité des marchés financiers appelant les investisseurs à la vigilance.

<sup>160</sup> CE, ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Société NC Numericable* relatif à la prise de position de l'Autorité de la concurrence et n° 368082, *Société Fairvesta international GMBH* relatif à un communiqué de presse de l'Autorité des marchés financiers.

revêtiraient le caractère de dispositions générales et impératives ou de prescriptions individuelles, ainsi que lorsqu'elles seraient de nature à produire des effets notables, notamment économiques, ou auraient pour objet d'influer de manière significative sur les comportements. Dans le cas de l'avis de l'Autorité de la concurrence dont avait à connaître le Conseil d'État, ces critères étaient remplis. La prise de position de l'Autorité de la concurrence avait bien pour effet de modifier le comportement des opérateurs sur le marché de l'acquisition des droits de distribution des chaînes de télévision et de permettre à une société d'en concurrencer une autre.

En définitive, comme l'ont souligné deux maîtres des requêtes au Conseil d'État, « *pour ouvrir le prétoire à des actes non décisifs, il n'est donc plus besoin de les assimiler à des décisions. C'est bien en tenant compte de leur spécificité qu'ils sont désormais soumis au juge de l'excès de pouvoir* »<sup>161</sup>.

Selon le Professeur Pascale Idoux, « *l'évolution de la position du Conseil d'Etat en la matière témoigne de l'impérieuse nécessité de reconnaître la réalité de l'emprise ainsi exercée par l'Autorité de la concurrence* »<sup>162</sup>. Si cette évolution était attendue et nécessaire, la seule possibilité d'admettre la justiciabilité des avis généraux de marché et d'ouvrir le recours en annulation à leur encontre est insuffisante.

## II. Le recours en annulation pour excès de pouvoir : une solution insuffisante

La solution du Conseil d'Etat, bien qu'attendue sur le principe, apparaît décevante dans la mesure où le juge veille à ne pas substituer son appréciation à celle de l'Autorité (A). En outre, la reconnaissance de la justiciabilité des avis semble dépourvue d'utilité concrète pour les entreprises (B).

---

<sup>161</sup> DAUMAS Vincent et VON COESTER Suzanne, *Le Conseil d'État accepte de se saisir d'actes de « droit souple »*, Droit Administratif n° 4, Avril 2016, comm. 20.

<sup>162</sup> IDOUX Pascale, *L'évolution de l'Autorité chargée de la concurrence*, AJDA 2016, p. 769.

## A. L'excès de pouvoir : un choix visant à distancier l'acte de réguler et l'acte de juger

Le Conseil d'Etat a accepté d'ouvrir le prétoire aux actes de droit souple en raison de l'importance des effets pratiques qu'ils peuvent avoir pour les requérants. Il semble à cet égard intéressant de souligner que la décision du Conseil marque la volonté d'appréhender ce mode d'action non contraignant spécifique à la régulation. Les deux décisions du 21 mars 2016<sup>163</sup>, rendues en Assemblée, se réfèrent d'ailleurs aux « autorités de régulation » –qu'elle soit sectorielle à l'instar de l'AMF visée par la décision *Fairvesta* ou non tel l'Autorité de la concurrence-. Le choix du recours pour excès de pouvoir est d'ailleurs discutable. Comme le soulèvent les maîtres des requêtes au Conseil d'État Vincent Daumas et Suzanne Von Coster « *il pouvait sembler naturel de considérer que le juge se trouverait dans une situation litigieuse davantage que de la légalité d'un acte, ce qui attrayait le recours du côté du plein contentieux* »<sup>164</sup>.

Le choix de l'excès de pouvoir semble toutefois répondre à la préoccupation de ne pas donner le sentiment de substituer son appréciation à celle de l'autorité de régulation et de devenir, par conséquent, un « juge-régulateur ». Le Conseil d'Etat ne manque d'ailleurs pas de rappeler le pouvoir d'appréciation de l'Autorité de la concurrence<sup>165</sup>. L'intensité du contrôle que le Conseil opère sur l'appréciation portée par l'Autorité de la concurrence sur les faits n'en est pas moins importante dans la mesure où il se livre à un contrôle entier et conclut que l'Autorité n'a pas commis d'erreur d'appréciation<sup>166</sup>.

Cette distanciation que le juge souhaite opérer entre le jugement et la régulation apparaît cohérente avec la réalité selon laquelle le temps d'intervention du régulateur et celui du juge sont différents. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il est parfois objecté à l'encontre des annulations pour excès de pouvoir qu'elles n'aboutissent qu'à des annulations purement platoniques et d'être, par conséquent, dépourvues d'utilité concrète pour les requérants.

---

<sup>163</sup> CE, ass., 21 mars 2016, n° 390023, Société NC Numericable et n° 368082, Société Fairvesta international GMBH.

<sup>164</sup> DAUMAS Vincent et VON COESTER Suzanne, *Le Conseil d'État accepte de se saisir d'actes de « droit souple »*, Droit Administratif n° 4, Avril 2016, comm. 20.

<sup>165</sup> CE, ass., 21 mars 2016, n° 390023, Société NC Numericable, cons. 5.

<sup>166</sup> *Ibid.*, Cons. 14.



## B. Une solution à elle seule dépourvue d'utilité concrète pour les entreprises

Déjà dans le cadre de l'affaire Casino, le rapporteur public Claire Legras avait souligné dans ses conclusions que dans le cas où le Conseil d'Etat accepterait de donner satisfaction à l'entreprise requérante, l'annulation de l'avis serait « limitée à une victoire morale ».

En effet, si les mesures pouvant être prises afin de rétablir la situation du requérant ne sont précisées qu'au moment de l'annulation, il sera souvent trop tard : les effets notoires de l'avis auront déjà modifié la situation de l'entreprise. D'une part, l'éventuelle annulation de l'avis ne répond pas au risque -allégué par la requérante dans le cadre de l'affaire Casino- d'une adaptation spontanée du comportement et de la stratégie de l'entreprise afin d'anticiper une éventuelle procédure de sanction de l'Autorité de la concurrence, alors même que le fondement de cet ajustement « spontané » ne puisse faire l'objet d'un débat contentieux.

D'autre part, il se peut que des entreprises ayant pris connaissance de l'avis saisissent l'Autorité des pratiques décrites de manière circonstanciées dans celui-ci.

Vincent Daumas et Suzanne Von Coester suggèrent aux entreprises d'assortir leurs conclusions principales de conclusions à fin d'injonction<sup>167</sup>. La justiciabilité de ces actes tenant à l'importance de leurs effets sur la situation des entreprises visées, ils avancent que le juge sera guidé « *par le souci d'ordonner à l'autorité de régulation de prendre des mesures nécessaires pour faire disparaître, autant que possible, les effets de l'acte annulé –fût-ce temporairement, le temps qu'elle réexamine la situation* ».

L'intervention du juge risque d'intervenir tardivement, alors que l'essentiel des retombées de l'avis auront influé sur la situation des entreprises concernées. Le décalage qu'il existe entre le temps du régulateur et le temps du juge impose d'apporter une solution rapide. L'essentiel devrait se jouer sur le terrain du référé et plus particulièrement sur le fondement de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative qui permet de demander en urgence la suspension d'un acte au juge des référés.

---

<sup>167</sup> DAUMAS Vincent et VON COESTER Suzanne, *Le Conseil d'État accepte de se saisir d'actes de « droit souple »*, Droit Administratif n° 4, Avril 2016, comm. 20.

La suspension d'un avis de l'Autorité de la concurrence n'aura toutefois aucun effet concret si le juge n'impose pas de mesures à l'Autorité afin de supprimer ses effets. Il est toutefois difficile d'imaginer quelles mesures permettraient d'assurer concrètement une suspension des effets sur la situation des entreprises. Dans le cas où l'avis aurait été publié, une suspension de la publication ne serait qu'une maigre consolation. Les entreprises concurrentes auront pu avoir pris connaissance de l'avis et prendre l'initiative d'engager un recours à l'encontre de l'entreprise visée. En outre, les avis portant sur des questions générales de concurrence permettant de fournir des informations sur la position des entreprises, ils sont un document structurant pour le secteur et utile pour les opérateurs dans la mesure où l'Autorité y fournit des renseignements sur l'état du marché concerné, ou encore porte à la connaissance des opérateurs des éclaircissements utiles en délivrant une grille d'analyse leur permettant de se conformer aux règles de concurrence.

Cette situation souligne à quel point la reconnaissance de la justiciabilité des avis généraux de marché est une solution insuffisante et inadéquate aux problèmes soulevés par ce nouveau mode d'intervention de l'Autorité.

Le changement de nature des avis généraux de marché impose au contraire que des garanties substantielles du respect du droit de la défense et du droit à un procès équitable soient imposées à l'Autorité. La procédure doit alors être repensée, formalisée et modernisée.

<p style="text-align: center;"><b>PARTIE 2</b></p> <p style="text-align: center;"><b>UNE MONTEE EN PUISSANCE DES AVIS GENERAUX DE MARCHÉ SANS GARANTIES PROCEDURALES ADEQUATES</b></p>
--

Alors même que les avis généraux de marché peuvent avoir des implications concrètes importantes sur les entreprises, cette procédure est laissée à la totale discrétion de l’Autorité (Titre 1). Face à des avis qui se montrent parfois extrêmement circonstanciés, cette absence de garanties procédurales ne peut perdurer. En effet, comme a pu l’écrire le professeur Marc Deschamps, « *la garantie des libertés, des droits des entreprises contre l’Autorité de la concurrence est au moins aussi importante que la garantie obtenue grâce à elle* »<sup>168</sup>. Il convient dès lors de formuler des propositions afin d’accorder plus de garanties aux entreprises et de respecter leurs droits dans le cadre de la procédure d’avis (Titre 2).

---

TITRE 1

UNE PROCEDURE LAISSEE A LA DISCRETION DE L’AUTORITE

---

« *Si la frontière se brouille, alors il convient d’en tirer toutes les conséquences sur le plan des garanties procédurales. Reste que celles-ci sont inexistantes dans le cadre d’une procédure consultative qui reste largement non écrite* »<sup>169</sup>. En effet, la procédure d’avis, reste une procédure largement informelle (Section 1) dans le cadre de laquelle les faibles garanties procédurales restent fragiles (Section 2).

### **SECTION 1 UNE PROCEDURE LARGEMENT NON ECRITE**

Alors même que la procédure d’avis suit des étapes proches de la procédure contentieuse (saisine, instruction par un rapporteur et séance du collège), les dispositions légales et réglementaires organisant la procédure consultative sont très succinctes (I). Par conséquent, de nombreux doutes persistent quant au déroulement et aux implications concrètes de cette procédure pour les entreprises (II).

---

<sup>168</sup> DESCHAMPS Marc, *L’Autorité de la concurrence doit-elle dans le cadre de sa fonction consultative disposer de toutes libertés*, Revue Lamy Concurrence n° 33, oct.-déc. 2012, p. 85.

<sup>169</sup> JALABERT-DOURY Nathalie, *Nouvelles formes d’intervention des autorités de concurrence : le point de vue des entreprises*, Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2013, dossier 8.

## I. Une procédure non encadrée par les textes

Comme le souligne Carole Champalaune, ancienne rapporteure générale adjointe à l'Autorité de la concurrence, « la lecture du Code de commerce est guère roborative en matière de procédure d'avis »<sup>170</sup>. Les dispositions se référant expressément aux aspects processuels sont en effet quasiment inexistantes (A). Ce n'est donc qu'en dépassant la structure du Code de commerce que peuvent être recherchés les textes susceptibles de s'appliquer hors mention expresse (B).

### A. La rareté des textes explicites guidant la procédure d'avis

Les seules dispositions légales spécifiquement relatives à la fonction consultative ne concernent pour l'essentiel que la détermination des organismes ou personnes pouvant ou devant saisir l'Autorité pour avis, énumérés aux articles L. 462-1 à L. 462-4 du Code de commerce. Ces textes ne couvrent toutefois pas l'ensemble des personnes ou autorités pouvant saisir l'Autorité pour avis. En effet, à côté des dispositions du Code de commerce, existent d'autres "sources" de saisine pour avis, notamment dans les textes régissant le fonctionnement d'autres autorités (par exemple l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières<sup>171</sup> ou encore la Commission de la régulation de l'énergie<sup>172</sup>) ou dans d'autres textes "sectoriels". A cet égard, il peut être noté que la procédure des demandes d'avis obligatoire portant sur les accords interprofessionnels dans le secteur agricole anciennement prévu par le Code rural et de la pêche maritime a été supprimé.

S'agissant des aspects processuel des avis relatifs à une question générale de concurrence, seules sont expressément prévues des dispositions réglementaires relatives à la publicité des

---

<sup>170</sup> CHAMPALAUNE Carole, *Nouvelles formes d'intervention des autorités de concurrence : procédure des avis de l'Autorité*, Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2013, dossier 7.

<sup>171</sup> L'article L. 2133-4 du Code des transports a prévu la saisine obligatoire de l'Autorité de la concurrence par l'ARAFER avant que celle-ci ne puisse approuver « règles de la séparation comptable prévue aux articles L. 2122-4, L. 2123-1-1, L. 2144-1 et L. 2144-2, les règles d'imputation, les périmètres comptables et les principes régissant les relations financières entre les activités comptablement séparées, qui sont proposés par les opérateurs ».

<sup>172</sup> En application des dispositions de l'article L. 134-16 du code de l'énergie, le président de la CRE saisit l'Autorité de la concurrence lorsque des abus de position dominante ou des pratiques anticoncurrentielles ont lieu dans les secteurs de l'électricité et du gaz naturel. L'Autorité de la concurrence peut également saisir la CRE, pour avis, de toute question relative à ces secteurs.

avis<sup>173</sup>. La publication des avis traitant de toute question de concurrence rendus en application de l'article L. 462-1 du Code de commerce et destinés à une commission parlementaire ou au Gouvernement peuvent être publiés par le destinataire ou, avec l'accord de ce dernier, par l'Autorité de la concurrence. La publication est donc facultative et subordonnée à l'accord du saisissant si l'Autorité souhaite y procéder par elle-même. Le régime de publication des avis sur toute question de concurrence que l'Autorité a pris l'initiative de donner est quant à lui fixé par la loi à l'article L. 462-4 du Code de commerce qui dispose qu'ils sont rendus publics.

Le recensement des dispositions conduit à conclure que les dispositions applicables explicitement aux avis rendus par l'Autorité portant sur toute question de concurrence sont très peu nombreuses. Il convient alors de se livrer à une interprétation d'autres dispositions processuelles du Code de commerce afin de déterminer si elles sont applicables à la procédure d'avis ou si elles sont réservées à la procédure contentieuse.

#### B. Les dispositions du Code de commerce susceptibles de s'appliquer à la procédure d'avis

L'examen des dispositions du Code de commerce permet d'apporter quelques précisions, d'une part, sur le champ des pouvoirs d'enquête et, d'autre part, sur le déroulement des séances.

Les textes ne définissent pas explicitement les pouvoirs d'enquête dont disposent les agents des services d'instruction de l'Autorité pour instruire une demande d'avis. L'article L. 450-1 du Code de commerce dispose que les agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence habilités à cet effet par le rapporteur général peuvent procéder à toute enquête nécessaire à l'application des dispositions des titres II et III.

Comme le souligne Carole Champalaune, une lecture littérale de cet article paraît exclue, pour l'instruction de la demande d'avis. L'exercice des pouvoirs d'enquête dont leurs conditions de mise en œuvre sont définies, en fonction du même type d'enquête, par les articles L. 450-3 et L. 450-4 du même code, « *dès lors que le titre II et le titre III du Code de commerce traitent*

---

<sup>173</sup> Articles R. 462-1 et R. 462-3 du Code de commerce.

*respectivement des pratiques anticoncurrentielles prohibées et des règles applicables en matière de concentration économique* »<sup>174</sup>. En effet, les demandes d'avis relatives à des questions concernant la concurrence au plan général ne sont pas une voie procédurale d'examen des pratiques anticoncurrentielles prohibées –puisque'ils ne sont par définition pas appliqués à des faits précis– et ne concernent pas non plus la mise en œuvre des règles applicable aux concentrations économiques. On devrait donc en conclure que les pouvoirs d'enquête simple<sup>175</sup> et, a fortiori, ceux d'enquête lourde<sup>176</sup> ne s'appliquent pas dans le cadre de la procédure consultative.

S'agissant des dispositions relatives aux séances devant l'Autorité de la concurrence, le dernier alinéa de l'article L. 463-7 du Code de commerce prévoit l'assistance au délibéré du rapporteur général (ou du rapporteur général adjoint désigné par lui) et du rapporteur, sans voix délibérative. Cette présence au délibéré est exclue pour l'examen par le collège de toute saisine susceptible de conduire à la qualification de pratiques anticoncurrentielles et à leur sanction<sup>177</sup>. Une lecture a contrario du dernier alinéa de l'article L. 463-7 du Code de commerce conduit à considérer que cette présence au délibéré du rapporteur général (ou du rapporteur général adjoint désigné par lui) et du rapporteur est possible pour l'examen de demandes d'avis. En outre, la procédure d'avis semble permettre la présentation d'observations orales en amont du délibéré par le rapporteur général, le rapporteur adjoint désigné par lui et le rapporteur, sans compter celles du commissaire du gouvernement. En effet, la présentation d'observations orales concerne toutes les procédures examinées par le collège, et comprend donc les demandes d'avis.

Il s'ensuit que sont aussi applicables aux demandes d'avis les dispositions permettant au collège de procéder à l'audition de toute personne qui lui paraît susceptible de contribuer à

---

<sup>174</sup> CHAMPALAUNE Carole, *Nouvelles formes d'intervention des autorités de concurrence : procédure des avis de l'Autorité*, Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2013, dossier 7.

<sup>175</sup> Dans le cadre de l'article L 450-3 du Code de commerce, les agents habilités peuvent, de manière contraignante, accéder aux locaux, demander la communication des documents d'entreprise et en prendre copie, demander des renseignements et justification à toute personne de l'entreprise, et procéder à des expertises contradictoires sur désignation de l'Autorité de la concurrence.

<sup>176</sup> Le cadre procédural de l'article L. 450-4 du Code de commerce offre aux enquêteurs de plus larges pouvoirs coercitifs en leur permettant de procéder à des opérations de visite et de saisie (OVS). Pour contrebalancer ces pouvoirs accrus, un contrôle judiciaire est renforcé et des procédures de recours spécifiques devant l'autorité judiciaire sont prévues au bénéfice des parties soumises à ces opérations.

<sup>177</sup> Article L. 462-5 du Code de commerce.

son information<sup>178</sup>. A cet égard, certains avocats relèvent la prudence de l'Autorité dans la mise en œuvre des instructions en procédure consultative : les demandes de renseignements qu'elle adresse ne comportent généralement pas la reproduction des sanctions encourues et les auditions ne font en principe pas l'objet d'un procès-verbal mais d'un compte rendu figurant au dossier remis au collège<sup>179</sup>. Toutefois, les conditions d'intervention de l'Autorité sont imprécises et des flous subsistent quant à la procédure et aux implications concrètes de l'investigation pour les entreprises.

## II. Des investigations aux implications incertaines pour les entreprises

Des flous subsistent sur la question de savoir si l'entreprise a l'obligation de répondre aux demandes de renseignements et de convocation des services d'instruction de l'Autorité (A). En outre, le statut des informations communiquées mériterait d'être précisé (B).

### A. L'obligation de répondre aux demandes de renseignements et de convocation

L'instruction d'une demande d'avis repose sur des demandes de renseignements ou de communications de pièces adressées par le rapporteur à toute entreprise ou organisme qu'il a identifiés comme étant susceptible d'apporter des informations pertinentes. Les praticiens ne manquent d'ailleurs pas de souligner la volumétrie des informations parfois requises. Maître Jalabert-Doury<sup>180</sup> précise en effet qu'en pratique les services d'instruction adressent aux entreprises des questionnaires denses, et en convoquent un certain nombre pour audition<sup>181</sup>.

La question de savoir si les entreprises sont tenues ou non d'y répondre n'est pas si simple. L'article L. 464-2, V, du Code de commerce prévoit que lorsqu'une entreprise ou un organisme ne défère pas à une convocation ou ne répond pas dans le délai prescrit à une demande de renseignement ou de communication des pièces formulée par un agent « dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par les titres V et VI du Livre IV », l'Autorité

---

<sup>178</sup> CHAMPALAUNE Carole, *Nouvelles formes d'intervention des autorités de concurrence : procédure des avis de l'Autorité*, Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2013, dossier 7.

<sup>179</sup>JALABERT-DOURY Nathalie, *Nouvelles formes d'intervention des autorités de concurrence : le point de vue des entreprises*, Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2013, dossier 8.

<sup>180</sup> *Ibid.*

<sup>181</sup> *Ibid.*

pourra prononcer une sanction pécuniaire allant jusqu'à 1% du chiffre d'affaire mondial. Or, c'est précisément au Titre VI du Livre IV que sont prévues les attributions consultatives de l'Autorité. Dès lors, doit-on conclure que l'entreprise a une obligation de répondre aux demandes de renseignement et de convocation des services de l'instruction de l'Autorité ? Comme le précise Maître Jalabert-Doury, on pourrait s'étonner de constater que des sanctions puissent être imposées suite à une obstruction face à des pouvoirs non écrits.

Carole Champalaune s'est félicitée que les entreprises aient jusqu'ici fait preuve d'une réelle coopération dans le cadre des investigations. Selon elle, « *cette coopération est à la mesure de leur intérêt de voir le fonctionnement des marchés concernés par la demande d'avis et la problématique concurrentielle sous-jacente à celle-ci correctement analysée* ». Cela explique peut-être que la question de savoir s'il existe une obligation légale de répondre à la convocation ou de fournir les renseignements sollicités n'ait toujours pas été tranchée par le Collège.

#### B. Le sort incertain des informations recueillies lors de l'instruction

La question des informations transmises aux services de l'Autorité n'est pas anodine : lorsque les entreprises y donnent suite, elles fournissent des informations et des déclarations qui pourront être utilisées directement dans le cadre de l'avis, voire dans le cadre d'autres procédures –tel est tout particulièrement le cas des avis portant sur la situation concurrentielle de certaines entreprises comme celui concernant la distribution alimentaire à Paris qui fait état de chiffres et d'informations communiquées par les entreprises concernées–. La question se pose en effet de savoir si des pièces collectées dans le cadre d'une procédure consultative – soulignons-le, sans procédure respectant les droits de la défense– peuvent ensuite être utilisées comme des preuves lors d'une procédure contentieuse. D'ailleurs, des questions comparables se posent concernant l'accès au dossier ou encore le droit d'intervention des tiers.

Concernant les informations transmises lors de l'instruction d'une procédure d'avis, les praticiens appellent les entreprises à la vigilance en précisant les informations considérées comme confidentielles<sup>182</sup>. En effet, dans la mesure où la garantie de la protection du secret

---

<sup>182</sup>DE DROUAS Marie, DURANT Emmanuel et HUBERT Patrick, *L'Autorité de la concurrence, un an après : point de vue d'usagers*, Concurrences, 2-2010, p. 34.



des affaires<sup>183</sup>, réservée à l'examen de saisines contentieuses qui donnent lieu à l'ouverture du contradictoire, ne s'applique pas à la procédure d'avis, il s'ensuit que les informations fournies par les entreprises peuvent être en principe retranscrites dans l'avis.

## SECTION 2 L'ABSENCE DE GARANTIES PROCEDURALES

Bien que la procédure d'avis suive des étapes proches de la procédure contentieuse, la première présente des différences notoires avec la seconde : la saisine n'est pas nécessairement connue des entreprises intéressées, le rapporteur ne produit pas de rapport communiqué aux entreprises concernées, ces dernières ne sont pas nécessairement invitées à s'exprimer lors de la séance et, enfin, l'avis lui-même peut parfois demeurer confidentiel.

A défaut d'encadrement légal, la procédure semble être laissée à la discrétion de l'Autorité. En effet, malgré les efforts de l'Autorité pour rendre la procédure d'avis plus transparente, les entreprises n'ont pas nécessairement connaissance de l'ouverture et de l'issue de la procédure d'avis (I) et ne sont pas nécessairement consultées (II).

### I. Une procédure pas nécessairement portée à la connaissance des entreprises

Un avis est un acte formel de l'Autorité de la concurrence qui repose sur la mise en mouvement de ses services d'instruction dans le cadre d'une séance et d'un délibéré. En outre, et surtout, un avis général de concurrence peut constituer un document structurant pour le secteur économique concerné et avoir un impact potentiel sur toute saisine ultérieure.

Pourtant, la publicité de la saisine pour avis n'est pas systématique (A) et l'avis en lui-même n'est pas forcément porté à la connaissance des opérateurs (B).

#### A. L'absence d'obligation textuelle de publicité des saisines pour avis sur toute question générale de concurrence

Comme le soulignent certains praticiens<sup>184</sup>, la première préoccupation légitime pour l'entreprise est d'avoir connaissance de l'ouverture d'une procédure d'avis susceptible de la

---

<sup>183</sup> Prévues à l'article L. 463-4 du Code de commerce.

<sup>184</sup> JALABERT-DOURY Nathalie, *Nouvelles formes d'intervention des autorités de concurrence : le point de vue des entreprises*, Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2013, dossier 8.

concerner, de pouvoir prendre la mesure de son champ précis afin de pouvoir faire valoir ses observations en toute connaissance de cause, si elle le souhaite.

Cela paraît d'autant plus évident depuis que certains avis généraux de marché présentent un caractère « quasi-normatif » et vont jusqu'à bouleverser les pratiques d'un secteur voire impacter la situation de certaines entreprises qui y sont nommément désignées.

Condition première afin d'offrir cette garantie aux entreprises, la publicité d'une saisine d'office pour avis n'est pourtant prévue par aucun texte. Cependant, la situation s'est améliorée dans la mesure où l'Autorité tend à « *indiquer publiquement les priorités qu'elle se donne dans cette activité d'avis d'initiative* »<sup>185</sup>. L'Autorité rend systématiquement publique sa décision de saisine pour avis permettant ainsi de révéler son existence dès le début de la procédure. En outre, elle accompagne la publication de la décision elle-même d'un communiqué de presse sur son site internet afin d'explicitier la motivation de la décision. Ces commentaires préliminaires aident les opérateurs intervenant sur le secteur sur lequel elle sera amenée à se prononcer à prendre la mesure du champ de la saisine. Dès sa première décision d'auto-saisine pour avis<sup>186</sup>, l'Autorité a motivé sa décision hors de toute obligation légale expresse. Cette amélioration procédurale à l'initiative de l'Autorité n'est pas sans rappeler la procédure de la Commission européenne qui, obligation lui étant faite à son égard, motive ses décisions d'ouverture d'enquêtes sectorielles<sup>187</sup>. De manière tout à fait rassurante, cette pratique manifeste que « *l'Autorité ne conçoit pas cette attribution comme un pouvoir discrétionnaire sur lequel elle n'aurait pas à s'expliquer* »<sup>188</sup>.

Dans le cas où l'Autorité est saisie pour avis sur une question générale de concurrence sur le fondement de l'article L. 462-1 du Code de commerce, la publicité de la saisine pour avis est laissée à la discrétion du saisissant. Dans un certain nombre de cas, l'auteur de la saisine pour avis la rend publique au bout de quelques jours, voire quelques mois. Il n'est donc pas garanti que la saisine pour avis soit portée à la connaissance des entreprises suffisamment tôt pour que ces dernières soient en mesure d'approcher les services de l'Autorité afin de soumettre leurs observations. Les services d'instruction de l'Autorité ne sont toutefois pas tenus

---

<sup>185</sup> CHAMPALAUNE Carole, *Nouvelles formes d'intervention des autorités de concurrence : procédure des avis de l'Autorité*, Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2013, dossier 7.

<sup>186</sup> Aut.conc., avis n° 09-A-55 du 4 nov. 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs.

<sup>187</sup> Article 17 du règlement n° 1/2003.

<sup>188</sup> CHAMPALAUNE Carole, *Nouvelles formes d'intervention des autorités de concurrence : procédure des avis de l'Autorité*, Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2013, dossier 7.

d'entendre les acteurs des secteurs concernés bien qu'il soit admis que l'Autorité n'a « *jamais écarté une entreprise qui souhaiterait se faire entendre* »<sup>189</sup>.

Dans le cas où l'auteur de la saisine n'aurait pas rendu publique la saisine pour avis, il arrive que la publicité ait lieu par voie de presse mais cela n'est pas toujours le cas. Deux avis rendus dans le domaine des messageries de presse ont été rendus sans avoir fait l'objet d'aucune information publique<sup>190</sup>.

Il apparaît cependant regrettable que des mesures de publicité ne soient pas prévues par les textes. Dans le cas où l'Autorité déciderait de modifier, en toute discrétion, sa pratique, rien ne pourrait lui être opposé. En effet, outre l'absence d'obligation légale, l'Autorité n'a édicté aucun règlement de procédure ni de lignes directrices relatifs à la procédure d'avis. Il ne s'agit donc que d'une garantie fragile car ne reposant que sur la pratique.

## B. Les faibles garanties quant à la publicité de l'avis

Concernant les avis rendus sur des questions générales de concurrence, seuls les avis rendus à l'issue d'une saisine d'office de l'Autorité sont systématiquement publiés. Ainsi, bien que certains avis rendus sur le fondement de l'article L. 462-1 peuvent permettre à l'Autorité de prendre des positions tout à fait innovantes et bouleverser les pratiques d'un secteur<sup>191</sup>, la publicité est soumise à l'accord du saisissant.

Concernant les avis rendus sur une question générale de concurrence sur saisine du Gouvernement, certains avocats soulignent que l'Autorité semble soucieuse de les rendre publics<sup>192</sup>. Elle approche en effet systématiquement le Gouvernement pour tenter d'obtenir la publication des avis qu'il sollicite sur une question générale de concurrence. L'Autorité a même pu prendre la décision de publier les avis de sa propre initiative, en présence

---

<sup>189</sup> SPILLAERT Patrick, *Les avis de l'Autorité de la concurrence*, Concurrences, 3-2010, p. 58 s.

<sup>190</sup> Aut. conc., avis n° 12-A-24 et n° 12-A-25, 21 déc. 2012 relatif à la prise en compte des surcoûts dits historiques dans le système de péréquation entre coopératives et messageries de presse.

<sup>191</sup> On peut notamment mentionner l'avis n°12-A-01 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris.

<sup>192</sup> JALABERT-DOURY Nathalie, Nouvelles formes d'intervention des autorités de concurrence : le point de vue des entreprises, Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2013, dossier 8.

d'informations parues dans la presse<sup>193</sup>. Toutefois, encore une fois, se pose le problème du délai : la publication peut être différée de plusieurs semaines le temps d'obtenir l'accord et/ou d'expurger les éventuelles informations confidentielles.

Bien que les mesures prises par l'Autorité soient utiles, elles ne sauraient se substituer à une évolution des textes. Le Code de commerce devrait en effet être modifié afin de prévoir une publication systématique des avis. Les praticiens craignent toutefois que cette modification ne prenne du temps, ce qui les amène à encourager l'Autorité à continuer de tenter d'obtenir l'autorisation du Gouvernement dans les meilleurs délais, et à défaut, a minima de mettre à disposition des tiers intéressés un résumé sous forme de communiqué de presse<sup>194</sup>.

Il est également suggéré à l'Autorité d'aller encore plus loin afin d'instaurer plus de transparence dans le cadre des procédures d'avis. La création sur son site internet d'une page spécifique aux procédures consultatives et l'édition d'un tableau comparable à celui relatif aux notifications de concentration permettraient à tout intéressé de connaître l'identité du saisissant, le secteur économique concerné, ainsi que l'objet de la demande d'avis. Tout intéressé serait ainsi en mesure de suivre le cours de chacune des procédures, d'y trouver la décision de saisine d'office pour avis ou à défaut le communiqué de presse édité à la réception de la demande d'avis fournissant un point de contact pour tout organisme souhaitant se manifester<sup>195</sup>.

Outre l'importance attachée au fait que les entreprises aient connaissance tant de l'ouverture de la procédure d'avis que de l'avis qui en résultera, il semble tout aussi important que celles-ci puissent être activement présentes tout le long de la procédure. Pourtant, cette participation est laissée à la discrétion de l'Autorité sans qu'aucun droit ne leur soit accordé en ce sens dans le cadre de la procédure d'avis.

---

<sup>193</sup> Aut. conc., avis n° 12-A-25 relatif au décroissement des flux dans la distribution de la presse magazine et avis n° 12-A-25.

<sup>194</sup> *Ibid.*

<sup>195</sup> *Ibid.*

## II. La participation des entreprises laissée à la discrétion de l'Autorité

Bien que la procédure d'avis se caractérise par son absence de formalisme, elle implique un travail d'instruction important pour l'Autorité qui conduit le collège à délibérer à l'issue d'une séance. Alors que les services d'instruction disposent d'une marge de manœuvre totale quant aux entreprises à solliciter et aux informations à recueillir (A), les auditions des entreprises au moment de la séance sont à l'entière discrétion du collège et ne permettent pas aux entreprises d'avoir une vision claire des enjeux (B).

### A. Un choix discrétionnaire du rapporteur quant aux entreprises à solliciter et à l'ampleur des informations demandées

L'instruction d'une demande d'avis repose sur des demandes de renseignements ou de communication de pièces adressées par le rapporteur à toute entreprise ou organisme qu'il a identifiés comme étant susceptibles d'apporter des informations pertinentes. A cet égard, la quantité d'informations sollicitées par les rapporteurs ou encore le délai court dans lesquels elles sont demandées ont été critiqués par les praticiens. A ces critiques, il a été répondu que ces difficultés « *relèvent de la sagesse du rapporteur auquel il revient non pas d'arbitrer entre l'information complète du collège et le confort des entreprises, mais d'apprécier pertinemment quel est le degré de précision des informations nécessaires à l'expression d'un avis indiscutable au plan des constatations auxquelles il procède* »<sup>196</sup>. Cette réponse appelle deux remarques.

Premièrement, il est particulièrement gênant –pour ne pas dire inacceptable- de ne pouvoir s'en remettre qu'« au bon sens des rapporteurs » dans la cadre d'une procédure largement informelle et lors de laquelle les entreprises se trouvent démunies de toute garantie procédurale. En effet, outre le silence des textes sur la procédure d'avis, l'Autorité n'a pas pris l'initiative d'encadrer ses conditions d'intervention en précisant les règles procédurales par lesquelles elle entend se lier. Selon Caroline Champalaune, alors rapporteure générale adjointe à l'Autorité de la concurrence, « il paraît plus sage de s'en remettre au bon sens des rapporteurs, en leur faisant le crédit de considérer qu'ils s'en tiennent à ce qui est strictement

---

<sup>196</sup> CHAMPALAUNE Carole, *Nouvelles formes d'intervention des autorités de concurrence : procédure des avis de l'Autorité*, Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2013, dossier 7.

nécessaire à la qualité des avis à laquelle les opérateurs ont intérêt au premier chef »<sup>197</sup>. S'il est vrai que les entreprises ont intérêt à la qualité des avis, elle ne devrait toutefois pas se faire au détriment de leurs droits.

Deuxièmement, la question de savoir si une obligation légale pèse sur les entreprises de fournir les renseignements sollicités n'a toujours pas été tranchée. L'étude des dispositions du Code de commerce laisse toutefois penser que les entreprises peuvent se voir infliger des sanctions dans le cas où elles ne répondraient pas. Dans la mesure où la quantité des informations et la brièveté du délai dans lequel celles-ci doivent être délivrées sont des contraintes lourdes pour les entreprises, qui au surplus peuvent conduire à une sanction, le bon sens des rapporteurs ne semble pas être une garantie adéquate. Dans l'attente de précisions apportées par les textes à l'issue d'une évolution qui serait plus que bienvenue, l'Autorité pourrait éditer un communiqué de procédure ou, à tout le moins, une étude thématique dans un rapport annuel consacré à la procédure d'avis.

#### B. Des entreprises entendues comme témoins à la discrétion du collège mais sans vision claire des enjeux

Bien que la procédure d'avis puisse donner lieu à des auditions des entreprises concernées par le rapporteur chargé de l'instruction, celles-ci ne sont pas obligatoires. En effet, dans le cas où il s'estimerait suffisamment informé, le rapporteur ne saurait être tenu d'y procéder<sup>198</sup>.

Les services d'instruction ont certes instauré la pratique d'auditionner les principales entreprises intéressées mais les praticiens ne manquent pas de souligner que cela reste une pratique générale qui ne garantit nullement que toutes les entreprises pouvant être impactées par l'avis à venir seront sollicitées et ce, dès le début de l'instruction<sup>199</sup>. Cela s'avère particulièrement vrai pour les entreprises de secteurs voisins (amont, aval ou soumis à des réglementations de nature comparable) qui sont rarement consultées alors qu'elles pourraient avoir un intérêt à s'exprimer dans le cadre de la saisine.

---

<sup>197</sup> *Ibid.*

<sup>198</sup> DE DROUAS Marie, FAURANT Chimène et HUBERT Patrick, *Les entreprises face au pouvoir consultatif renforcé de l'Autorité de la concurrence*, Concurrences 3-2011, p. 230.

<sup>199</sup> JALABERT-DOURY Nathalie, Nouvelles formes d'intervention des autorités de concurrence : le point de vue des entreprises, *Contrats Concurrence Consommation* n° 5, Mai 2013, dossier 8.

En outre, bien que les entreprises puissent être entendues par le collège au moment de la séance, ces auditions sont à la discrétion du collège. Les auteurs<sup>200</sup> déplorent cette situation, notamment parce que « *plus qu'avec le rapporteur, l'entretien avec le collège permet de discuter des solutions et de proposer des idées innovantes* » et est « l'occasion d'adresser les derniers messages utiles au collège avant que celui-ci ne délibère ». <sup>201</sup> Les praticiens encouragent en effet les entreprises à « *proposer des solutions pratiques à l'Autorité et à suggérer d'éventuelles réformes législatives ou réglementaires que l'Autorité pourrait reprendre à son compte dans l'avis* »<sup>202</sup>.

Toutefois, il semblerait que la participation aux séances ne permette pas aux entreprises d'avoir une vision suffisamment claire des enjeux. Les personnes que le collège a souhaité entendre, dont le statut s'apparente à celui des témoins<sup>203</sup>, n'assistent pas à la totalité de la séance. En pratique, les personnes entendues sont convoquées tour à tour et ne sont, par conséquent, ni en mesure de connaître la position des autres entreprises ni celle du rapporteur et du rapporteur général avant l'adoption de l'avis. Elles n'ont donc, en général, « pas d'espace pour s'exprimer "pour ou contre" comme ce peut être le cas dans une procédure de concurrence contentieuse ».

\*

Les praticiens impliqués dans une procédure d'avis n'ont pas manqué de reconnaître que dans la plupart des cas, les services d'instruction de l'Autorité ont été attentifs à leur argumentation et que le dialogue a été ouvert<sup>204</sup>. Toutefois, ils soulignent que cela ne saurait être suffisant et que les garanties procédurales restent insuffisantes.

Les auteurs estiment que « *cette situation est d'autant plus regrettable que les avis rendus peuvent, tout en portant sur une question de concurrence générale, viser en fait un secteur*

---

<sup>200</sup> DE DROUAS Marie, FAURANT Chimène et HUBERT Patrick, *Les entreprises face au pouvoir consultatif renforcé de l'Autorité de la concurrence*, Concurrences 3-2011, p. 230.

<sup>201</sup> Article L. 463-4 du Code de commerce.

<sup>202</sup> DE DROUAS Marie, FAURANT Chimène et HUBERT Patrick, *Les entreprises face au pouvoir consultatif renforcé de l'Autorité de la concurrence*, Concurrences 3-2011, p. 230.

<sup>203</sup> CHAMPALAUNE Carole, *Nouvelles formes d'intervention des autorités de concurrence : procédure des avis de l'Autorité*, Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2013, dossier 7.

<sup>204</sup> DE DROUAS Marie, DURANT Emmanuel et HUBERT Patrick, *L'Autorité de la concurrence, un an après : point de vue d'usagers*, Concurrences, 2-2010, p. 34.

*économique, voire même l'opérateur principal de ce secteur* »<sup>205</sup>. Document structurant pour le secteur, influant tant sur les pouvoirs publics que sur les opérateurs économiques, un avis rendu sur une question générale de concurrence peut également être porteur de risques pour les entreprises car leur degré de précision amène l'Autorité à préjuger des affaires dont elle pourrait avoir à connaître. Il est dans ces conditions difficilement imaginable que les entreprises concernées, à un titre ou à un autre, ne soient pas activement présentes tout au long de la procédure. Or, « *l'absence d'encadrement de la procédure d'avis et de publicité fait peser sur les entreprises un réel risque de passer à côté d'un avis* »<sup>206</sup>.

L'utilisation intensive des procédures consultatives et les conséquences des saisines d'office sur les secteurs concernés amènent les praticiens à appeler à une réforme de la procédure consultative de l'Autorité, « *sinon dans son champ du moins dans son fonctionnement* »<sup>207</sup>.

La deuxième partie des développements consacrés aux avis généraux de marché tendront à formuler des observations et des propositions afin que cette procédure soit plus moderne, plus encadrée et qu'elle garantisse au mieux les intérêts des opérateurs économiques.

---

**TITRE 2 UNE REFORME NECESSAIRE DE LA PROCEDURE D'AVIS GENERAUX DE MARCHES :**  
**REFLEXIONS POUR ACCORDER PLUS DE GARANTIES AUX ENTREPRISES**

---

Au regard de l'importance des enjeux soulevés par les avis généraux de marché qui peuvent viser de manière circonstanciée les opérateurs, il paraît inconcevable que la procédure d'avis ne présente pas de garanties procédurales adéquates. Il convient alors de systématiser le dialogue avec les entreprises afin d'instaurer des formes de contradictoire dans la procédure (Section 1). En outre, il conviendrait de garantir les entreprises contre tout risque de partialité qui amènerait l'Autorité à préjuger dans ses avis les contentieux qu'elle aurait éventuellement à connaître (Section 2).

---

<sup>205</sup> DAHAN Thierry et LEMAIRE Christophe, *Portrait de l'Autorité en jeune fille - L'Autorité de la concurrence issue de la loi LME : entre aboutissement et nouveau départ*, Revue juridique de l'économie publique n° 683, Février 2011, étude 1

<sup>206</sup> TÉCHENÉ Vincent, *Le pouvoir consultatif de l'Autorité de la concurrence*, Lexbase, Hebdo édition affaires n°267 du 6 octobre 2011.

<sup>207</sup> PRIOUX Delphine et WILHELM Pascal, *Nouveau regard sur le régime contentieux des avis de l'Autorité de la concurrence*, Contrats, conc., consom. janv. 2013, Etude 1.



## SECTION 1 VERS UNE SYSTEMATISATION DU DIALOGUE AVEC LES ENTREPRISES EN ENCOURAGEANT LE CONTRADICTOIRE

Lorsqu'une saisine concerne directement une entreprise donnée, l'Autorité pourrait mettre en œuvre les mêmes mécanismes de débat contradictoire que dans les procédures d'avis contradictoires dont dispose l'Autorité (I). En outre, la pratique de l'Autorité quant à la consultation publique devrait être systématisée (II).

### I. Pour la mise en œuvre des mécanismes du débat contradictoire dans les procédures d'avis généraux de marché

La catégorie des avis rendus par l'Autorité est une catégorie par défaut et regroupe des actes particulièrement hétérogènes : avis rendus sur des projets de textes ou sur des questions générales de concurrence, demandes des juridictions sur des contentieux soulevant des questions de concurrence, avis de clémence, etc. Lorsqu'il s'agit du débat contradictoire, l'Autorité oppose procédure consultative et procédure contentieuse.

Toutefois, au regard du changement de nature de certains avis généraux de marché, la distinction n'est plus justifiée et impose d'instaurer le contradictoire dans le cadre de la procédure d'avis lorsqu'une saisine concerne directement une entreprise (A). Dans tous les autres cas, le respect du contradictoire garantirait, d'une part, aux entreprises de pouvoir faire valoir leurs observations en ayant une vision claire des enjeux et, d'autre part, à l'Autorité de rendre un avis en prise avec les réalités du secteur concerné (B).

#### A. Une réponse nécessaire à la subjectivisation des avis

Bien que les textes ne prévoient pas le respect du contradictoire pour les avis relatifs à une question générale de concurrence, ils ne l'interdisent pas pour autant. Il existe en effet d'ores et déjà des procédures d'avis contradictoires qui sont celles initiées par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles relevées dans les affaires dont elles sont saisies<sup>208</sup>. En effet, la consultation de l'Autorité de la concurrence par les juridictions suppose la mise en œuvre d'une procédure contradictoire dans le cadre de laquelle un rapport est notifié par le rapporteur général aux parties en cause devant la juridiction, au commissaire du gouvernement auprès de l'Autorité de la concurrence et le cas échéant aux autres personnes

---

<sup>208</sup> Article L. 462-3 du Code de commerce.

dont les agissements ont été examinés dans le rapport au regard des dispositions nationales ou européennes prohibant les pratiques anticoncurrentielles. Les entreprises visées par la procédure sont ensuite mises en mesure de consulter le dossier et de présenter des observations écrites dans un délai fixé par le rapporteur. Selon Caroline Champalaune, le caractère contradictoire propre à la procédure régissant les demandes d'avis formées par les juridictions est lié au caractère nécessairement contentieux de la procédure.

Dans la procédure d'avis « classique », le saisissant comme le tiers qui se manifeste peuvent être entendus par les services d'instruction, le cas échéant par le collège au cours de sa séance<sup>209</sup>. Toutefois, comme le souligne Maître Jalabert-Doury, « *ce droit d'être entendu est bien limité* »<sup>210</sup>. En effet, les entreprises qui souhaiteraient intervenir dans le cadre de la procédure n'assistent pas à la totalité de la séance, les conseils ne sont pas invités aux auditions et elles sont entendues sans pouvoir accéder ni au dossier, ni aux propositions de l'instruction contenues dans le rapport du rapporteur, que ce soit dans sa forme remise au collège (le tiers n'ayant pas la copie) ou orale exprimée en séance (les tiers n'étant pas présents lors de cette présentation).

Si l'absence de garanties procédurales relatives aux droits de la défense n'est pas choquante lorsque l'Autorité se borne à formuler des observations ou des recommandations générales, il en va différemment lorsqu'elle exprime la situation d'un opérateur, venant ainsi préjuger l'éventuel contentieux dont elle pourrait connaître.

La « subjectivisation » de certains avis rend très artificielle la séparation opérée entre attributions consultatives et contentieuses quant au respect du contradictoire. Dès lors, le respect des mécanismes du contradictoire semble s'imposer afin de garantir que l'entreprise puisse débattre des éléments de fait ou de droit versés au dossier et qui conduiraient l'Autorité à pouvoir émettre des prises de positions pouvant s'apparenter à des injonctions et toute autre considération qui aurait des effets sur sa situation.

---

<sup>209</sup> Article L. 463-7 du Code de commerce.

<sup>210</sup> JALABERT-DOURY Nathalie, *Nouvelles formes d'intervention des autorités de concurrence : le point de vue des entreprises*, Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2013, dossier 8.

## B. Une solution pour des avis en prise avec les réalités du secteur

Les mérites du contradictoire sont largement vérifiés dans le cadre des procédures contentieuses : le débat permet de faire avancer la réflexion, de cristalliser les véritables sujets et de limiter le risque d'omission ou de mauvaise interprétation.

Pour reprendre l'interrogation de Maître Jalabert-Doury, « *pourquoi se priver de ce bénéfice sous prétexte que la communication prend la forme d'un avis et qu'il n'imposera pas de sanction ?* »<sup>211</sup>. La question a en effet le mérite d'être posée, surtout en raison du fait que, dans le cadre des avis généraux de marché, le rapporteur en charge de l'instruction n'a souvent qu'une idée lointaine du secteur concerné. L'Autorité n'est donc pas à l'abri de prendre des « positions économiquement néfastes du fait d'une approche qui serait trop abstraite »<sup>212</sup>. Cela n'a d'ailleurs pas manqué d'être confirmé lorsque l'Autorité est allée jusqu'à remettre en cause les pratiques bien établies dans le secteur de la grande distribution alimentaire dans le cadre de l'avis n°10-A-26. Après avoir constaté que le secteur était trop concentré elle a, pour y remédier, préconisé l'abandon radical et spontané de la part des opérateurs d'un grand nombre d'habitudes contractuelles existantes, en les menaçant de faire intervenir le législateur.

De plus, à la différence des avis sur saisine extérieure dans le cadre desquels la position extérieure du saisissant permet de structurer le débat autour d'une amorce de contradictoire, les avis sur saisine d'office présentent un caractère « endogène et autocentré »<sup>213</sup>. L'instruction devra répondre à une commande interne et c'est au collègue lui-même à qui il reviendra de préciser le problème qu'il souhaiterait éclairer.

Pour Thierry Dahan, ancien rapporteur au Conseil de la concurrence, « *le problème est de faire entrer les points de vue externes dans l'analyse alors que le texte ne le prévoit pas explicitement* »<sup>214</sup>. Les services d'instruction peuvent, nous l'avons vu, rechercher des informations à l'extérieur (les rapporteurs peuvent auditionner des tiers intéressés et le collègue

---

<sup>211</sup> *Ibid.*

<sup>212</sup> DE DROUAS Marie, FAURANT Chimène et HUBERT Patrick, *Les entreprises face au pouvoir consultatif renforcé de l'Autorité de la concurrence*, Concurrences 3-2011, p. 230.

<sup>213</sup> *Ibid.*

<sup>214</sup> *Ibid.*

peut les entendre comme témoins). Toutefois, n'ayant pas accès au dossier et ne pouvant assister à l'intégralité des séances, les personnes interrogées ne sont pas en mesure d'éclairer efficacement l'Autorité.

Le problème qui se pose est double : d'une part, pour les entreprises au regard du respect des droits de la défense, dans la mesure où les avis généraux de marché tendent à viser précisément les opérateurs et à structurer le secteur sur lequel ils interviennent, et d'autre part, pour l'Autorité qui ne bénéficie pas de contributions pleinement éclairées.

Les entreprises ou organismes directement concernés par la saisine devraient être systématiquement autorisés à assister à l'intégralité de la séance et non seulement à y intervenir en qualité de témoin. En conséquence, le respect du secret des affaires devrait être appliqué à la procédure d'avis. L'instauration des mécanismes du contradictoire pourrait se combiner avec la publication systématique à la tenue d'une consultation publique. Ainsi, tout intéressé serait en mesure de s'exprimer et de fournir le cas échéant des éléments complémentaires.

## II. Pour la systématisation de la consultation publique

L'Autorité a, dès 2012, mis en œuvre de premières avancées contradictoires dans le cadre de la procédure d'avis relatifs à des questions générales de concurrence. Soucieuse de renforcer la transparence des procédures consultatives, l'Autorité tend à être particulièrement transparente sur les procédures qu'elle lance de sa propre initiative, ce qui la rapproche de son homologue britannique et de la Commission européenne (A). Cette démarche pourrait être systématisée afin de permettre à l'Autorité de disposer de l'ensemble des contributions utiles bien que cette systématisation puisse poser certains problèmes (B).

### A. Une démarche de transparence dans le cadre des saisines d'office pour avis

En 2012, l'Autorité a procédé, en dehors de toute obligation légale, à une consultation publique dans le cadre de l'instruction d'une saisine pour avis dans le secteur de l'entretien et

de la réparation automobile<sup>215</sup>. Un communiqué de presse a été diffusé le 11 avril 2012 afin d'indiquer que l'Autorité de la concurrence entendait soumettre « à la consultation publique un premier diagnostic dans lequel elle identifie plusieurs points de blocage potentiels (...) afin de permettre à l'ensemble des acteurs de faire valoir de nouveaux éléments et de contribuer ainsi à faire évoluer efficacement la concurrence dans ce secteur ». Un document de consultation publique de plus de 100 pages a ainsi été élaboré afin de porter un premier diagnostic à la connaissance de tout intéressé.

Les contributions ont été directement intégrées parmi les visas de l'avis et la lecture de son § 6 permet d'en connaître le volume (une cinquantaine), leur origine (ensemble des acteurs du secteur) et les enseignements qui ont pu globalement en être tirés.

Depuis, l'Autorité œuvre régulièrement pour renforcer la transparence des procédures consultatives qu'elle lance de sa propre initiative en annonçant le lancement d'enquêtes sectorielles et en détaillant assez précisément le champ des investigations qu'elle entend mener. Deux exemples récents semblent indiquer que l'Autorité tend à systématiser cette démarche. Cette année, l'Autorité s'est autosaisie à deux reprises : le 10 février 2016 afin d'analyser la situation de la concurrence dans le secteur de la distribution des audioprothèses<sup>216</sup> et le 23 mai 2016 afin d'analyser les conditions d'exploitation des données dans le secteur de la publicité en ligne<sup>217</sup>. Dans le cadre de l'autosaisine relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la distribution des audioprothèses, le communiqué de presse annonce l'intention de l'Autorité de procéder à une consultation publique<sup>218</sup>. Celle-ci a été lancée le 29 juillet 2016. Pour ce qui est de la saisine d'office relative au secteur de la publicité en ligne, le communiqué de presse annonçant la saisine d'office a également fait savoir que « l'avis que l'Autorité rendra l'année prochaine sera précédé d'une large consultation publique visant à réunir les observations de l'ensemble des parties prenantes »<sup>219</sup>.

---

<sup>215</sup> Aut. conc., avis n° 12-A-21, 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.

<sup>216</sup> Aut. conc., décision n° 16-SOA-01 du 3 février 2016 relative à une saisine d'office pour avis portant sur le secteur des audioprothèses.

<sup>217</sup> Aut. conc., décision n° 16-SOA-02 du 23 mai 2016 relative à une saisine d'office pour avis portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité en ligne.

<sup>218</sup> Communiqué de presse du 10 février 2016.

<sup>219</sup> Communiqué de presse du 23 mai 2016.

Le recours à la consultation publique rapproche l'Autorité de la concurrence de la Commission européenne ou encore de l'Autorité britannique ("Competition and Markets Authority") dont les enquêtes sectorielles sont précédées d'enquêtes publiques ouvertes. La Commission européenne dispose de la faculté de publier un rapport sur les résultats de son enquête portant sur des secteurs particuliers de l'économie ou des types particuliers d'accords dans certains secteurs et d'inviter les parties intéressées à faire part de leurs observations<sup>220</sup>. Ainsi, à l'instar de ce qui existe pour les enquêtes de la Commission européenne, la consultation publique de l'Autorité intervient à mi-parcours sur la base de premières conclusions sur le fonctionnement du secteur et esquisses des recommandations. Toutefois, à la différence de la Commission et de la "Competition and Markets Authority", l'Autorité ne publie pas les résultats.

#### B. Avantages et difficultés liés à une telle systématisation

Avant de faire précéder pour la première fois son avis d'une consultation publique, l'Autorité avait pris l'initiative sur le sujet des Jeux en ligne de réunir, le 15 novembre 2010, un « Rendez-vous de l'Autorité », sous la forme d'un débat et d'une forme de « Hearing » public avant la séance formelle du Collège. Tous ceux qui voulaient faire valoir leur point de vue sur ce sujet ont été conviés et l'Autorité n'a refusé aucune contribution orale ou écrite. Sur le sujet des jeux qui était nouveau pour l'Autorité, le Collège avait pris le parti de mettre sur la table la totalité des questions qui pouvaient se poser afin de susciter des débats et des contributions. Cette première initiative, suivie des diverses consultations publiques que l'Autorité a lancées depuis, témoignent que « *l'élaboration d'un avis nécessite d'être à l'écoute de tous les acteurs qui souhaitent s'exprimer ou se faire entendre sur un sujet examiné par l'Autorité* »<sup>221</sup>.

L'Autorité a elle-même souligné l'intérêt de cet exercice de transparence dans l'avis précité relatif au secteur de l'entretien et de la réparation automobile<sup>222</sup>. Elle y indique que les contributions émanant de l'ensemble des acteurs du secteur « ont été reçues et analysées, [...],

---

<sup>220</sup> Article 17 alinéa 3 du règlement 1/2003.

<sup>221</sup> SPILLAERT Patrick, *Quelques considérations sur l'activité consultative de l'Autorité de la concurrence*, Contrats Concurrence Consommation 2011, dossier 6.

<sup>222</sup> Aut. conc., avis n° 12-A-21, 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.

que ce soit pour conforter le diagnostic réalisé, relativiser la portée de certains problèmes relevés ou affiner les solutions envisageables »<sup>223</sup>.

Patrick Spillaert ne manque pas à cet égard de souligner que « *l'avantage d'une telle méthode c'est qu'elle donne un résultat solide sur le fond, clair sur la forme et insoupçonnable de parti pris* »<sup>224</sup>. Caroline Champalaune s'est également exprimée en faveur de cette démarche dans la mesure où la consultation publique « *garantit l'information la plus large possible du collège sur le fonctionnement du secteur étudié mais aussi sur tous les enjeux des préconisations que l'Autorité est susceptible de faire* »<sup>225</sup>.

S'il est vrai que « *l'analyse approfondie des contributions requiert évidemment des moyens susceptibles d'être élevés en cas de contributions nombreuses et denses* »<sup>226</sup>, nous ne saurions suivre l'argument des moyens limités dont disposerait l'Autorité pour justifier que la consultation publique demeure exceptionnelle et réservée à des avis présentant des enjeux financiers importants ou un niveau de technicité particulier. Cela reviendrait une fois de plus à laisser à la discrétion de l'Autorité le choix d'intégrer ou non des points de vue externes dans l'analyse. Au regard de la nouvelle nature des avis rendus sur le fondement de l'article L. 462-1 et L. 462-4 et de leur rôle structurant pour le secteur concerné, il apparaît comme plus que nécessaire d'appeler tous les opérateurs intéressés à se prononcer.

Tout en renforçant la transparence de la procédure d'avis, cela permettrait de faire avancer la réflexion de l'Autorité dans la mesure où les enjeux soulevés par le secteur en cause ressortiraient des contributions des opérateurs à la consultation. Le caractère « endogène » de la procédure d'avis à l'initiative de l'Autorité justifierait que la consultation publique soit rendue obligatoire dans le cas où l'Autorité s'autosaisit d'une question.

Dans le cas où l'Autorité est saisie par le Gouvernement d'une question générale de concurrence, la consultation publique contribuerait au renforcement de la légitimité des interventions législatives initiées en accord avec les propositions que l'Autorité aurait formulées dans l'avis. Les opérateurs concernés auraient en effet été mis en mesure de

---

<sup>223</sup> *Ibid*, pt. 6.

<sup>224</sup> SPILLAERT Patrick, *Quelques considérations sur l'activité consultative de l'Autorité de la concurrence*, Contrats Concurrence Consommation 2011, dossier 6.

<sup>225</sup> CHAMPALAUNE Carole, *Nouvelles formes d'intervention des autorités de concurrence : procédure des avis de l'Autorité*, Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2013, dossier 7.

<sup>226</sup> *Ibid*.

soumettre leurs observations et leurs propositions à l'Autorité qui, en qualité d' « expert concurrentiel », retiendrait celles jugées les plus pertinentes pour garantir le fonctionnement concurrentiel du marché concerné.

Alors que l'instauration des mécanismes propre au contradictoire et la consultation publique permettraient de systématiser le dialogue et de rétablir le respect de droits de la défense des entreprises, des solutions doivent également être trouvées afin de prévenir les risques de partialité. En effet, les avis généraux de marché peuvent préjuger de l'issue d'un éventuel contentieux mettant en cause les opérateurs concernés.

## **SECTION 2 POUR LA PROTECTION DES ENTREPRISES CONTRE LES RISQUES D'IMPARTIALITE**

Par sa faculté de se saisir de sa propre initiative ou d'être saisie de demandes d'avis sur toute question de concurrence, il est vraisemblable que l'Autorité ait, beaucoup plus que le Conseil de la concurrence, à connaître de pratiques ayant donné lieu à une appréciation préalable lors de sa mission consultative. Cette identité d'organe ne va pas sans poser problème, notamment au regard du fait qu'outre l'augmentation du nombre d'avis rendus, certains avis généraux de marché se font particulièrement circonstanciés sur les pratiques d'un opérateur et deviennent une référence lors de l'examen de pratiques anticoncurrentielles. Cette situation expose l'Autorité au risque d'une remise en cause par le juge en raison de l'existence d'un « préjugement » public d'une situation individuelle (I). Pour pallier les difficultés soulevées par le cumul des fonctions, il pourrait être envisagé de déléguer les attributions consultatives à un organe différent sur le modèle de la Commission des monopoles allemande (II).

### I. Le soupçon de partialité pesant sur l'Autorité de la concurrence

La question du cumul des attributions consultatives et contentieuses par l'autorité administrative chargée de la concurrence s'était déjà posée s'agissant du Conseil de la concurrence. Bien que le cumul ne soit pas en lui-même problématique (A), il semblerait que le respect du principe d'impartialité ne soit plus aussi évident que par le passé (B).



## A. Le cumul des fonctions non problématique en lui même

Depuis la jurisprudence *Procola*<sup>227</sup> de la Cour européenne des droits de l'homme, il est établi que le cumul de fonctions consultatives et juridictionnelles est à même de « *mettre en cause l'impartialité structurelle de l'institution* », sans pour autant qu'il puisse constituer en lui-même une violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la jurisprudence française impose dès le stade de la procédure devant une autorité administrative indépendante le respect du principe d'impartialité<sup>228</sup>.

La question du cumul des fonctions consultatives et contentieuses s'est déjà posée au sujet du prédécesseur de l'Autorité de la concurrence. A la question de savoir si la présence lors d'une séance relative à une procédure contentieuse, de membres du Conseil présents lors d'une procédure consultative relative au même secteur, est une violation du principe d'impartialité, la Cour d'appel de Paris a apporté une réponse semblable dans le cadre de deux affaires. Dans des arrêts en date du 18 février 2003, *Secteur de la distribution de l'eau*<sup>229</sup>, et du 24 juin 2003, *Affaire des géomètres experts*<sup>230</sup>. Elle estime que la pratique n'est pas condamnable en soi. Il faut s'attacher aux termes de l'avis afin d'apprécier s'il peut s'apparenter à un préjugement des faits qui seront reprochés aux entreprises dans le cadre de la procédure contentieuse. Un glissement est cependant nettement opéré par la Cour d'appel de Paris dans la seconde affaire, puisqu'elle semble poser comme condition que les fonctions consultatives et contentieuses soient dévolues à des personnes différentes. Tel était le cas en l'espèce puisque les membres délibérant lors de la procédure d'avis étaient différents de ceux ayant statué lors de la décision.

S'il est vrai que le Conseil de la concurrence veillait en effet à éviter que la même formation ne siège en avis et au contentieux, il devient assurément moins évident de s'assurer du respect d'une telle ligne de conduite devant l'Autorité de la concurrence. Outre l'augmentation de

---

<sup>227</sup> CEDH, 28 sept. 1995, aff. 14570/89, *Procola c/ Luxembourg*.

<sup>228</sup> Cass. 1re civ., 5 oct. 1999, n° 97-15.277, *SNC Campenon-Bernard e.a. c/ ministre de l'Économie*

<sup>229</sup> BOCCRF du 21 novembre 2003, p. 836.

<sup>230</sup> Cour d'appel de Paris 24 juin 2003, *Conseil supérieur de l'ordre des géomètres experts*, BOCCRF du 29 sept. 2003, p. 539.

l'activité consultative de l'Autorité, le collège reste très restreint<sup>231</sup>. En outre, si la présence au délibéré du rapporteur général ou du rapporteur général adjoint désigné par lui et du rapporteur est exclue pour l'examen par le collège de toute saisine contentieuse, elle est possible pour l'examen des demandes d'avis. Cette présence est particulièrement choquante dans la mesure où ces mêmes membres pourraient avoir à instruire une éventuelle procédure contentieuse à l'égard des mêmes entreprises dont les pratiques ont été visées dans un avis.

S'agissant de la rédaction des avis, le Conseil de la concurrence avait une rédaction prudente. Tel n'est pas le cas de l'Autorité de la concurrence qui vise de manière particulièrement circonstanciée les opérateurs et les pratiques, préjugant vraisemblablement l'issue d'un éventuel contentieux.

Certains auteurs n'ont donc pas manqué de critiquer le soupçon d'impartialité qui pèserait sur l'Autorité compte tenu du cumul des fonctions qui existent en son sein<sup>232</sup>. Ce risque est tel au regard de la pratique récente de l'Autorité qu'il n'exclut pas une remise en cause par le juge de l'Autorité en raison de l'existence d'un « préjugement public ».

#### B. Le risque d'une remise en cause de l'Autorité par le juge en raison de l'existence d'un « préjugement »

Le Conseil d'État s'est déjà prononcé sur la question du cumul de fonctions consultatives et décisionnelles dans le cadre d'un pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour des comptes relatif à la gestion de fait. Les requérants soutenaient que la procédure avait été irrégulière car la Cour avait, avant le terme de la procédure contradictoire, mentionné l'affaire litigieuse dans son rapport public en se prononçant sans ambiguïté sur l'irrégularité des faits en cause. Par une décision du 23 février 2000<sup>233</sup>, l'Assemblée du contentieux a annulé l'arrêt attaqué. Elle a en effet considéré qu'eu égard aux conséquences des décisions pour les intéressés, le principe d'impartialité et celui du respect des droits de la défense faisaient obstacle à ce qu'une décision juridictionnelle soit régulièrement rendue par la Cour des comptes alors que celle-ci avait précédemment évoqué cette affaire dans un rapport public. L'impartialité individuelle des juges n'était pas en cause. C'est la Cour des comptes en tant qu'institution qui ne pouvait

---

<sup>231</sup> 17 membres en vertu de l'article L. 461-1, II du Code de commerce.

<sup>232</sup> BOCCRF du 29 septembre 2003, p. 539.

<sup>233</sup> Conseil d'Etat, Ass., 23 février 2000, Société Labor Métal et autres, n°195715.

être regardée comme impartiale, ayant d'une certaine manière « préjugé » l'affaire dans son rapport public.

Bien que l'Autorité se garde bien dans la rédaction de ses avis de procéder à une quelconque qualification juridique explicite des faits, l'arrêt du Conseil d'Etat amène à considérer que les avis circonstanciés de l'Autorité visant des opérateurs et des pratiques au lieu de se limiter à des considérations générales soulèvent des questions d'impartialité.

S'agissant des avis de l'Autorité de la concurrence visant plus des pratiques et des opérateurs que des considérations générales sur un secteur particulier, le risque de remise en cause par le juge semble important. Ainsi, bien que l'Autorité se garde dans la rédaction de ses avis de procéder explicitement à une quelconque qualification juridique des faits, il semblerait que le Conseil d'Etat s'attache avant tout à la question de savoir si l'organe s'est déjà prononcé et a ainsi pris position avant même que le jugement n'ait été rendu.

Au regard de la pratique récente de l'Autorité, nous ne saurions considérer que la garantie du respect du principe d'impartialité doive s'apprécier au regard des conséquences qu'une prise de position dans le cadre des missions consultatives de l'Autorité pourrait avoir sur l'issue d'une procédure contentieuse relative aux pratiques visées dans l'avis. Cela pour deux raisons : d'une part, comme nous l'avons vu, les entreprises s'exécutent le plus souvent spontanément. Dès lors, l'éventualité d'un contentieux dans lequel l'entreprise viendrait à être sanctionnée pour des pratiques visées en amont par l'avis est assez limitée. Cette situation est d'autant moins satisfaisante qu'à la différence des procédures négociées, le dialogue n'est pas systématiquement ouvert avec l'entreprise concernée par un avis général de concurrence circonstancié. D'autre part, la publicité des avis n'étant pas systématique, il existe une possibilité que l'entreprise n'ait pas connaissance du préjugement qui a pu être opéré en amont dans le cadre d'un avis.

Cela amène donc à considérer qu'une solution plus radicale devrait être proposée, celle de la création d'un organe consultatif distinct des services d'instruction de l'Autorité sur un modèle inspiré de la Commission des monopoles allemande.

## II. Pistes de réflexions inspirées du modèle de la « Monopolkommission »

L'autorité nationale de la concurrence allemande n'a pas d'attributions consultatives (A). Dès lors, un autre mode d'organisation est possible afin de prévenir tout risque de partialité (B).

### A. Le modèle de la « Monopolkommission »

La Commission des monopoles est une instance consultative statutairement indépendante du pouvoir étatique qui s'est vu confier par le législateur une « mission d'évaluation d'intérêt public ». Elle est distincte et indépendante de l'Office fédéral des Cartels (« Bundeskartellamt »), qui a, lui, une compétence opérationnelle<sup>234</sup>. Composée de cinq personnalités choisies pour leur compétence et leur indépendance non seulement vis-à-vis des pouvoirs publics, mais aussi des organisations socio-professionnelles, elle a pour mission d'évaluer la situation de la concurrence en Allemagne et de formuler des propositions de réforme. Sur proposition du gouvernement fédéral, ses membres sont nommés pour 4 ans par le Président de la République.

### B. Pour l'instauration d'un organe distinct

De nombreux pays d'Europe jugent extrêmement important de permettre à leur autorité de concurrence de s'exprimer de façon plus globale, par le biais de lignes directrices ou d'avis, lorsqu'il est nécessaire de donner des directives ou lorsqu'il apparaît plus efficient d'appréhender l'intégralité d'un problème de concurrence au lieu de se prononcer au cas par cas. A cet égard, nous avons déjà pu mentionner le cas de l'autorité nationale de concurrence britannique qui peut réaliser de vastes enquêtes sectorielles et émettre un avis.

Toutefois, à la différence de l'Autorité de la concurrence qui dispose elle aussi de cette faculté, le dialogue est systématisé entre la « Competition and Markets Authority » et les opérateurs économiques. L'ensemble des autorités européennes sont dotées de la faculté d'émettre des avis à l'exception des autorités de la concurrence allemande, belge, luxembourgeoise et suédoise. Ce n'est donc pas tant le cumul des outils permettant d'assurer la régulation de la concurrence par la répression, la négociation ou encore la pédagogie qui est

---

<sup>234</sup> BOURGEOIS Isabelle, *Monopolkommission. 40<sup>e</sup> anniversaire*, Regards sur l'économie allemande 3/2014 (n° 114), p. 41-43.

problématique. Il est plutôt question de l'usage que l'Autorité fait dans sa pratique récente des avis généraux de marché. Les recommandations qu'elle émet, outre qu'elles soient très souvent suivies par les pouvoirs publics, enjoignent les opérateurs à s'exécuter sous la menace de subir des sanctions lors d'éventuels contentieux postérieurs.

Dès lors, dans les cas où il s'agit de s'exprimer sur un secteur qui amène à se pencher sur les pratiques d'un opérateur, il pourrait être envisagé d'attribuer l'instruction et l'émission de l'avis à un organe indépendant composé de spécialistes du secteur qui auraient une connaissance précise de celui-ci. Dans le cas où ce collège viendrait à se positionner quant aux pratiques considérées, le respect du principe d'impartialité serait rempli dans la mesure où lors d'un éventuel contentieux, les services d'instruction de l'Autorité devraient mener une nouvelle instruction. Il convient en effet de rappeler qu'aujourd'hui le statut des informations collectées par les services d'instruction lors d'une procédure consultative n'est pas précisé. Tout risque de préjugement et de partialité serait ainsi écarté.

## CONCLUSION

---

« Incontestablement, les cas que l'institution a eus à traiter en matière contentieuse ne lui ont pas ouvert les chemins d'une originalité marquée. D'une certaine façon, cela est heureux car la qualité d'un corps de contrôle se mesure à la continuité et à la cohérence de sa jurisprudence contentieuse. En revanche, la production d'avis a été pour l'Autorité une activité très soutenue, à la fois quantitativement et qualitativement, fournissant matière à une pratique souvent innovante »<sup>235</sup>.

En effet, les avis sur des questions générales de concurrence, et particulièrement ceux rendus sur saisine d'office permettent à l'Autorité de dépasser sa mission de pédagogie et d'adopter une démarche de régulation en amont très volontariste en formulant des recommandations audacieuses à l'égard des pouvoirs publics et des entreprises. La communication qui entoure ces recommandations ne manque d'ailleurs pas de « détermination, [d']énergie et [de] conviction »<sup>236</sup> afin d'encourager les pouvoirs publics et les opérateurs à en faire une traduction concrète. Cette démarche de régulation préventive à travers ses attributions consultatives a toutefois été porteuse de dérives. L'Autorité a ainsi pu être accusée d'instrumentaliser la procédure d'avis sur des questions générales de concurrence afin de dépasser ses attributions légales ou encore pour faire pression sur les entreprises et les pouvoirs publics. La pratique récente de l'Autorité laisse en effet entendre que les avis généraux de marché sont devenus une nouvelle manière de traiter le contentieux. L'Autorité y vise de manière de plus en plus circonstanciée les pratiques des opérateurs sur le secteur concerné dans le cadre d'une procédure largement discrétionnaire. S'il est vrai que l'Autorité de la concurrence a atteint un très haut niveau de garanties procédurales en matière contentieuse qui la rapproche des juridictions, la procédure d'avis n'offre que trop peu de garanties aux entreprises.

L'existence de cet « *angle mort* »<sup>237</sup> et la possibilité de contraindre les opérateurs à dépasser leurs strictes obligations légales constituent un instrument d'action à la disposition de l'Autorité de la concurrence pour assurer une régulation efficace des marchés. Certains

---

<sup>235</sup> SPILLAERT Patrick, *Les avis de l'Autorité de la concurrence*, Concurrences, 3-2010, p. 58 s.

<sup>236</sup> CHAMPALAUNE Carole, *Nouvelles formes d'intervention des autorités de concurrence : procédure des avis de l'Autorité*, Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2013, dossier 7.

<sup>237</sup> IDOUX Pascale, *L'évolution de l'Autorité chargée de la concurrence*, AJDA 2016, p. 769.

auteurs concèdent à cet égard que vouloir les résorber serait contreproductif. Toutefois, accepter l'utilité de cet outil n'interdit nullement de chercher à affiner l'appréhension juridique de ces actes de droit souple afin d'ajuster au mieux leur régime procédural et contentieux. Cette exigence est apparue d'autant plus impérieuse face au changement de nature des avis généraux de marché qui se sont fait de plus en plus précis et circonstanciés. C'est précisément cette préoccupation qui a conduit le Conseil d'Etat à faire évoluer sa jurisprudence afin d'appréhender ce type d'acte non décisoire qui n'en présente pas moins des effets notables sur la situation des entreprises.

Toutefois, la simple reconnaissance des effets de certains avis généraux de marchés ne saurait suffire à apaiser les critiques quant aux dérives suscitées par la pratique de l'Autorité. Dans la mesure où elle peut être amenée, dans l'exercice de son pouvoir consultatif à exprimer une opinion qui pourrait être reprise ultérieurement dans une procédure contentieuse, il est logique d'en déduire que les garanties fondamentales du procès doivent être assurées. Une telle arme ne peut s'imaginer sans que soient garantis le respect des droits de la défense et le droit à un procès équitable. Bien qu'un certain nombre d'améliorations procédurales aient été mises en place par l'Autorité dans le silence des textes, l'utilisation intensive des procédures consultatives nécessite aujourd'hui de repenser la procédure. Cela paraît d'autant plus souhaitable que la pratique de l'Autorité semble être le symptôme d'une tendance bien plus large qualifiée par le Professeur Louis Vogel d'« *hypertrophie de la régulation* »<sup>238</sup>. Ce nouveau mode d'action sur les marchés en amont de la sanction fait aujourd'hui partie intégrante de la régulation concurrentielle qui passe désormais par la construction d'une « *stratégie procédurale* »<sup>239</sup>. Celle-ci tend à privilégier l'incitation et la négociation, notamment avec des outils, telles les procédures d'engagements, qui revêtent une nature « *régulatoire* » en ce sens qu'elles ne comportent aucun acte de poursuite et ne visent pas à imposer une sanction.

Le président Bruno Lasserre s'est dit « préoccupé » par le fait que les entreprises consacrent à

---

<sup>238</sup> VOGEL Louis, *Projet de loi Macron : la réforme du droit de la concurrence*, article publié le 19 décembre 2014 sur le site du cabinet Vogel et Vogel - <http://www.vogel-vogel.com/en/node/1691>.

<sup>239</sup> LASSERRE Bruno, *L'office de l'Autorité de la concurrence in Justice et cassation*, dossier L'office du juge, Revue annuelle avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Dalloz 2010, p. 115.

leur défense des moyens financiers hors de proportion avec le budget de l'Autorité.<sup>240</sup> En effet, l'effectif total de l'Autorité de la concurrence est inférieur à celui de la plupart des régulateurs sectoriels et son budget est faible comparé à ses homologues européens.<sup>241</sup> Permettant une économie de procédure évidente, les avis sur des questions générales de concurrence semblent être un moyen pour l'Autorité de réguler les pratiques en amont et cela sans se soumettre à des procédures contentieuses coûteuses et chronophages.

Cette pratique, bien que d'une efficacité indiscutable pour l'Autorité, n'est pas sans soulever des questionnements sur la légitimité de son intervention à mi-chemin entre la recommandation et l'injonction. Il ne faut en effet pas oublier que l'Autorité est une jeune institution qui n'a pas encore l'ancienneté des grandes juridictions telles que le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation. Sa légitimité est encore en construction. A cet égard, Bruno Lasserre a avoué : « *un caricaturiste a représenté mon homologue allemand en dompteur de cirque qui fait si peur que lorsque qu'il rentre dans la cage, immédiatement les fauves se calment. En ce qui me concerne, je me sens plutôt dans la situation de l'acrobate qui doit réussir son exercice à chaque fois sous peine d'entamer sa légitimité* »<sup>242</sup>. Au sujet des avis généraux de marché, si l'Autorité ne souhaite pas échouer dans cet exercice, peut-être serait-il plus sage qu'elle assure une protection effective aux entreprises ou cesse de dévoyer cet instrument.

---

<sup>240</sup> Audition de M. Bruno Lasserre le 17 juin 2015 par la commission d'enquête sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes (rapport « Un État dans l'État : canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler » remis le 28 oct. 2015).

<sup>241</sup> *Ibid.*

<sup>242</sup> Le Nouvel Economiste, *Bruno Lasserre, Régulateur de l'année*, publié sur le site internet le 19 décembre 2013 : <http://www.lenouveleconomiste.fr/bruno-lasserreregulateur-de-lannee-21042/>.



## BIBLIOGRAPHIE

---

### ▪ OUVRAGES

CHAPUS René, *Droit du contentieux administratif*, 12e éd., Montchrestien, 2006, p. 653.

CHEVALLIER Jacques, *L'État post-moderne*, Droit et société (vol. 35), LGDJ, 2003.

### ▪ ARTICLES DE REVUES

BAZEX Michel, *La fonction consultative de l'Autorité de la concurrence, nouvel instrument de régulation*, Dr. adm. 2012, comm. 62.

BAZEX Michel, *La régulation résultant de la mise en oeuvre par l'Autorité de la concurrence de sa compétence consultative*, Droit Administratif n° 6, Juin 2014, comm. 41.

BAZEX Michel, *L'attribution d'une fonction de régulation économique à l'Autorité de la concurrence*, Contrats Concurrence Consommation n° 3, Mars 2011, comm. 76.

BAZEX Michel, *Le régime juridique de la fonction de conseil de l'Autorité de la concurrence*, Dr. adm. 2013, comm. 2.

BOURGEOIS Isabelle, *Monopolkommission. 40e anniversaire*, Regards sur l'économie allemande 3/2014 (n° 114), p. 41-43.

BOSCO David, *Dernière étape du dirigisme concurrentiel : l'injonction structurelle*, Contrats, conc. consom. 2012, repère 3.

BOSCO David, *Un avis de l'Autorité de la concurrence ne peut pas faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir*, Contrats Concurrence Consommation n° 12, Décembre 2012, comm. 282.

BOSCO David, CHAZAL Jean-Pascal et PICOT Thomas, *Les injonctions structurelles des autorités de régulation*, Cahiers de droit de l'entreprise n° 5, Septembre 2014, entretien 5.

CHAMPALAUNE Carole, *Nouvelles formes d'intervention des autorités de concurrence : procédure des avis de l'Autorité*, Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2013, dossier 7.

CHEYNEL Benjamin, *Cumul des fonctions : la nouvelle Autorité de la concurrence à l'abri des foudres de la Cour EDH ?*, 2009, LamyLine concurrence.

CLAMOUR Guylain, *De la contestation contentieuse des avis de l'Autorité de la concurrence*, RLC 2013, n° 34, p. 55.

DAHAN Thierry et LEMAIRE Christophe, *Portrait de l'Autorité en jeune fille - L'Autorité de la concurrence issue de la loi LME : entre aboutissement et nouveau départ*, Revue juridique de l'économie publique n° 683, Février 2011, étude 1.

DAUMAS Vincent et VON COESTER Suzanne, *Le Conseil d'État accepte de se saisir d'actes de « droit souple »*, Droit Administratif n° 4, Avril 2016, comm. 20.

DESCHAMPS Marc, *L'Autorité de la concurrence doit-elle dans le cadre de sa fonction consultative disposer de toutes libertés*, Revue Lamy Concurrence n° 33, oct.-déc. 2012, p. 85.

DE DROUAS Marie, DURANT Emmanuel et HUBERT Patrick, *L'Autorité de la concurrence, un an après : point de vue d'usagers*, Concurrences, 2-2010, p. 34.

DE DROUAS Marie, FAURANT Chimène et HUBERT Patrick, *Les entreprises face au pouvoir consultatif renforcé de l'Autorité de la concurrence*, Concurrences 3-2011, p. 230.

DORÉMUS Charlotte-Mai et ROSKIS Dan, *Pratiques anticoncurrentielles et produits de grande consommation*, Cahiers de droit de l'entreprise n° 4, Juillet 2013, dossier 30.

FOURGOUX Jean-Louis, *L'Autorité de la concurrence transfigurée par la loi Macron*, AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2015 p.404.

HAGELSTEEN Marie-Dominique, *Politique de concurrence et autres politiques publiques : comment les concilier lors de l'élaboration des lois ?*, Concurrences, 2010, n° 3, p. 7.

IDOT Laurence et LEMAIRE Christophe, *Le nouveau visage de la régulation de la concurrence en France. - L'Autorité de la concurrence entre deux Europe*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 12, 18 Mars 2009, doct. 125.

IDOUX Pascale, *L'absence de justiciabilité des avis et recommandations de l'Autorité de la concurrence*, RJEP 2013, n° 708, comm. 19.

IDOUX Pascale, *L'évolution de l'Autorité chargée de la concurrence*, AJDA 2016, p. 769.

JALABERT-DOURY Nathalie, *Nouvelles formes d'intervention des autorités de concurrence : le point de vue des entreprises*, Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2013, dossier 8.

MARTY Frédéric, *L'Autorité de la concurrence publie un avis révélant son analyse du fonctionnement du marché de la publicité en ligne et la Commission européenne ouvre des*

*enquêtes approfondies sur les pratiques de marché de Google*, Concurrences, 1-2011, pp. 104-109.

MENURET Jean-Jacques, *Fascicule 60 : l'Autorité de la concurrence*, JurisClasseur Lexisnexis.

LACRESSE Alexandre et MARX Valérie, *La loi Macron et l'Autorité de la concurrence : une autorité (encore) plus efficace ?*, Revue Lamy de la Concurrence - 2016 - n° 46.

LASSERRE Bruno, *La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : un point de vue d'autorité (1ère partie)*, Revue Concurrences n° 3-2010, pp. 35-46.

LASSERRE Bruno, *L'office de l'Autorité de la concurrence*, Revue Justice et Cassation, Dalloz, 2010, pp. 100-124.

LASSERRE Bruno, *La nouvelle Autorité de la concurrence*, Concurrences n° 1-2009, p. 9.

PRIETO Catherine, *La culture européenne de concurrence*, Droit 21, 2002, ER 007.

PRIOUX Delphine et WILHELM Pascal, *Nouveau regard sur le régime contentieux des avis de l'Autorité de la concurrence*, Contrats, conc., consom. janv. 2013, Etude 1.

RONZANO Alain, *Recours pour excès de pouvoir : Le Conseil d'État conforte les pouvoirs de l'Autorité de la concurrence en matière d'avis en lui reconnaissant la possibilité de formuler des préconisations à destination des opérateurs économiques (Casino)*, 11 octobre 2012, Revue Concurrences N° 1-2013, Art. N° 57883.

SÉLINSKY Véronique, *Les mutations du droit procédural de la concurrence*, Revue Lamy Droit des Affaires 2010, 46.

SÉLINSKY Véronique, *Le rapport pour 2011 – Les premiers mois de l'année 2012 et les perspectives d'évolution du droit de la concurrence*, Revue Lamy de la concurrence 2013, p. 34.

SPILLAERT Patrick, *Les avis de l'Autorité de la concurrence*, Concurrences, 3-2010, p. 35-46 et 58-64.

SPILLAERT Patrick, *Quelques considérations sur l'activité consultative de l'Autorité de la concurrence*, Contrats, conc. consom. 2011, dossier 6.

TÉCHENÉ Vincent, *Le pouvoir consultatif de l'Autorité de la concurrence*, Lexbase, Hebdo édition affaires n°267 du 6 octobre 2011.

Touzeil-Divina M., *L'Avis même publié de l'Autorité de la concurrence n'était bien...qu'un avis et non une décision*, JCP A 2012, act. 691.

ZIVY Fabien, *Quel schéma institutionnel pour la régulation de la concurrence ?*, Concurrences 2007-4, p. 5.

▪ **RAPPORTS / ETUDES**

- *Autorité de la concurrence*

Rapport d'activité pour l'année 2015.

Synthèse 2015 du rapport annuel de l'Autorité de la concurrence, *Plaidoyer pour une économie agile*.

Synthèse 2014 du rapport annuel de l'Autorité de la concurrence, *Réinventer l'économie*.

- *Conseil d'État*

Rapport public du Conseil d'État, Les autorités administratives indépendantes, 2001.

Étude annuelle du Conseil d'État 2013, *Le droit souple*.

- *Sénat*

« *Un État dans l'État : canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler* », rapport n° 126 (2015-2016) de M. Jacques Mezard, fait au nom de la CE Autorités administratives indépendantes, déposé le 28 octobre 2015.

▪ **DOCUMENTS DISPONIBLES SUR INTERNET**

THILL-TAYARA Mélanie, *Les avis de l'Autorité de la concurrence : zone de non droit*, Les Échos, 5 déc. 2012 : <http://business.lesechos.fr/directions-generales/gouvernance/conseil-d-administration-surveillance/0202420286560-les-avis-de-l-autorite-de-la-concurrence-zone-de-non-droit-3271.php>

Le Nouvel Economiste, *Bruno Lasserre, Régulateur de l'année*, 19 décembre 2013 : <http://www.lenouveleconomiste.fr/bruno-lasserreregulateur-de-lannee-21042/>

▪ **COMMUNIQUES DE PRESSE DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE**

Communiqué de presse de l'Autorité de la concurrence du 21 janvier 2013, *Téléphonie mobile / MVNO*.

Communiqué de presse de l’Autorité de la concurrence du 10 février 2016, *Audioprothèses*.

Communiqué de presse de l’Autorité de la concurrence du 23 mai 2016, *L’Autorité de la concurrence se saisit pour avis afin d’analyser les conditions d’exploitation des données dans le secteur de la publicité en ligne*.

- **COLLOQUE**

SAUVÉ Jean-Marc, Introduction le 24 septembre 2013 lors du colloque "*Corriger, équilibrer, orienter : une vision renouvelée de la régulation économique - Hommage à Marie-Dominique Hagelsteen*".