



Strictement Confidentiel

**SUGGESTIONS DE L'ASSOCIATION DES AVOCATS PRATIQUANT LE DROIT DE LA
CONCURRENCE (APDC) SUR LA COMPETENCE CONSULTATIVE DE L'AUTORITE DE LA
CONCURRENCE**

Depuis 1986, le Conseil de la Concurrence (devenu l'Autorité de la concurrence) dispose, à côté de sa compétence décisionnelle, d'une compétence consultative.

Ainsi, l'Autorité de la concurrence (ci-après « l'Autorité »), à la demande d'institutions ou de personnes habilitées¹, peut rendre des avis sur des projets de textes législatifs ou réglementaires², sur le fonctionnement concurrentiel d'un marché³ ou sur les secteurs régulés. L'Autorité peut également être consultée par les juridictions sur des pratiques anticoncurrentielles relevées dans les affaires dont elles sont saisies⁴.

Cette compétence consultative s'est renforcée avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de concurrence⁵ qui confère à l'Autorité un pouvoir d'auto-saisine en matière d'avis. Ainsi, depuis le 2 mars 2009, l'Autorité dispose de la faculté de rendre des avis de sa propre initiative « *sur toute question concernant la concurrence* »⁶. Son intervention n'étant plus conditionnée à la saisine de tiers, l'Autorité peut ainsi intervenir chaque fois qu'elle l'estime nécessaire sur tout sujet de concurrence quel que soit le secteur économique. L'Autorité s'est emparée de ce nouveau pouvoir et son activité consultative s'est forcément développée⁷. Depuis que l'Autorité de concurrence dispose de cette faculté, les saisines extérieures de personnes habilitées strictement privées sont moins favorablement accueillies.

Il est également à noter que l'activité consultative de l'Autorité de concurrence tend à se développer depuis l'adoption de l'obligation constitutionnelle d'évaluation préalable des projets de texte normatif, dont leur impact concurrentiel⁸.

¹ Les institutions ou personnes habilitées pouvant saisir l'Autorité pour avis sont : le gouvernement, les commissions parlementaires, les collectivités territoriales, les organisations professionnelles et syndicales, les organisations de consommateurs agréées, les chambres d'agriculture, de métiers, de commerce et d'industrie territoriales, la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet, les présidents des observatoires des prix et des revenus de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique, de la Réunion et des départements d'outre mer, les juridictions et les autorités de régulation.

² Articles L. 410-2, L. 462-1 et L. 462-2 du code de commerce.

³ Article L. 462-1 du code de commerce.

⁴ Article L. 462-3 du code de commerce.

⁵ Ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de concurrence.

⁶ Article L. 462-4 du code de commerce.

⁷ En 2009, l'Autorité a rendu 62 avis (dont 34 consacrés aux accords dérogatoires sur les délais de paiement) dont un avis sur auto-saisine. En 2010, l'Autorité a rendu 34 avis dont trois sur auto-saisine. En 2011, l'Autorité a rendu 22 avis dont un avis a été rendu sur auto-saisine. A ce jour, pour l'année 2012, l'Autorité a rendu 17 avis sur saisine.

⁸ Cf. Guide d'évaluation de l'impact concurrentiel de projets de textes normatifs, publié par l'Autorité de la concurrence (2012).

L'APDC considère que la possibilité pour l'Autorité de rendre des avis est une caractéristique positive du dispositif français. Les avis peuvent être en effet une source de réflexion stratégique pour les nombreux acteurs concernés par le droit de la concurrence. Ils peuvent aussi être considérés comme un facteur de sécurité juridique en informant les entreprises et les praticiens de la façon dont certains problèmes seront abordés au contentieux ou lors du traitement des notifications de concentrations. Ce dernier intérêt est cependant source de difficultés puisque, en théorie, les avis ne lient pas le contentieux et que leur instruction ne permet pas nécessairement d'éclairer totalement l'Autorité.

De ce fait, et plus généralement parce que les avis semblent appelés à jouer un rôle accru, l'APDC considère qu'ils doivent résulter d'une procédure incontestable.

Le Conseil d'Etat a, certes, récemment statué sur la question de la possibilité d'inscrire un recours à l'encontre d'un avis de l'Autorité.⁹ Il a rejeté le recours pour excès de pouvoir des entreprises concernées, en rappelant que l'avis qui contient des prises de position et recommandations ne constitue pas en principe, une décision faisant grief.

Le Conseil d'Etat a néanmoins rappelé qu'il en irait différemment si les recommandations ou prise de positions « revêtaient le caractère de dispositions générales et impératives ou de prescriptions individuelles dont l'Autorité pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance ».

A la lumière des récents avis rendus par l'Autorité démontrant l'importance grandissante de leur portée, et au regard des constats des praticiens sur le déroulement concret de la procédure d'avis, l'APDC souhaite faire part de la nécessité d'un encadrement procédural plus spécifique de cette activité consultative qui semble actuellement insuffisant (I). Elle souhaiterait, en conséquence, faire part de suggestions visant à rééquilibrer la protection des droits fondamentaux (II).

I. Des garanties procédurales insuffisantes au regard de l'importance et de la portée de la procédure consultative

A. L'importance de la portée de la procédure consultative

Les avis rendus par l'Autorité, bien qu'ils n'aboutissent formellement à aucune imputation de pratiques anticoncurrentielles et à aucune sanction pécuniaire, renferment des enjeux économiques et juridiques importants pour les entreprises du secteur économique faisant l'objet de l'avis. Selon l'Autorité de la concurrence elle-même, il s'agit de « faire valoir son point de vue chaque fois qu'elle l'estime nécessaire, pour proposer des pistes de réflexion, pour faire le bilan concurrentiel de textes en vigueur, pour enrichir la préparation de textes réglementaires ou législatifs ou encore pour recommander la prise de mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel de certains marchés »¹⁰. Le recensement ci-après des conséquences possibles des avis consultatifs souligne l'importance de ce mode d'intervention.

⁹ CE, 11 octobre 2012, n° 357193, Casino Guichard-Perrachon avis 11 janvier 2012 et CE, 11 Octobre 2012, n° 346378 sociétés ITM et Galec, avis du 7 décembre 2010

¹⁰ Présentation des avis sur le site de l'Autorité de la concurrence, www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=294

▪ **les avis peuvent donner lieu à de véritables enquêtes sectorielles**

A L'instar des procédures menées par la Commission européenne ou l'Office of Fair Trading (OFT) britannique, l'Autorité peut être amenée à lancer de véritables enquêtes sectorielles pour instruire une demande d'avis ou pour rendre un avis sur auto-saisine. Tel a été le cas en ce qui concerne l'avis relatif au fonctionnement concurrentiel dans le secteur de la publicité¹¹ ou encore le commerce électronique¹² ou, l'avis rendu sur la distribution automobile¹³.

▪ **les avis peuvent constituer une publicité négative pour les entreprises**

Les enquêtes pour avis et les avis peuvent être source de publicité négative auprès des consommateurs. Cette procédure peut même être à l'origine de sanction des investisseurs sur le cours de la bourse. Enfin, l'avis par la rumeur qu'il crée, peut susciter des plaintes d'entreprises concurrentes. A titre d'exemple, il convient de se référer à l'avis relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris¹⁴.

▪ **les avis peuvent tenir lieu de lignes directrices**

A titre d'illustration, l'Autorité a traité par le biais de cette procédure la question des contrats de « management catégoriel »¹⁵. Soulignons, à cet égard, que le choix de traiter cette pratique par le biais de la procédure d'auto-saisine a eu pour conséquence que seules certaines entreprises ciblées par l'Autorité ont été entendues. Par comparaison la procédure d'adoption de lignes directrices aurait donné lieu à une consultation publique ; il en va de même pour les « communiqués de procédure » de l'Autorité.

▪ **les avis peuvent délimiter un marché, et une position de marché, et viser les pratiques d'une entreprise parfois nommément désignée**

Au-delà de l'examen du fonctionnement concurrentiel d'un secteur économique, les avis sont un moyen pour l'Autorité d'identifier un marché, appréhender la position et les pratiques d'une entreprise parfois nommément désignée.

Ainsi, dans l'avis sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne¹⁶, l'Autorité a très clairement identifié la société Google et exposé un certain nombre d'éléments qui pouvaient établir, selon elle, une position dominante de cette société.

De même dans son avis relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer¹⁷, l'Autorité a identifié pour chaque

8 Avis de l'Autorité de la concurrence n° 10-A-29 du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne.

12 Avis n° 12-A-20 du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique.

13 Avis n° 12-A- 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

9 Avis de l'Autorité de la concurrence n° 12-A-01 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris.

15 Avis de l'Autorité de la concurrence n° 10-A-25 du 7 décembre 2010 relatif au contrat de « management catégoriel » entre les opérateurs de la grande distribution à dominante alimentaire et certains de leurs fournisseurs.

16 Avis de l'Autorité de la concurrence n° 10-A-29 du 14 décembre 2010 concernant le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne.

ligne maritime les compagnies qui y opèrent et dans quel cadre. Elle y évoque des problématiques de concurrence dans le cadre de la détention d'une position dominante simple ou collective ou encore dans le cadre d'un monopole ou quasi-monopole. L'Autorité évoque diverses solutions à mettre en œuvre, allant jusqu'à suggérer que les entreprises visées nominativement proposent des engagements, précisant même que des engagements pourraient être obtenus par le biais d'une procédure contentieuse. L'Autorité va encore plus loin en mentionnant le genre d'engagements et en préconisant l'assouplissement de certains contrats.

▪ **les avis peuvent conduire l'Autorité à formuler des remèdes pour autoriser une opération de concentration**

Dans son tout premier avis rendu sur auto-saisine concernant le secteur du transport public de voyageurs¹⁸, l'Autorité de la concurrence évoque de façon détaillée une opération de concentration en cours d'examen dessinant par avance ce que pourraient être les remèdes nécessaires pour qu'elle donne son feu vert au rapprochement de deux entreprises.

De fait, les engagements pris par les entreprises lors de leur opération de rapprochement ont largement été inspirés des recommandations faites dans l'avis précité¹⁹.

▪ **les avis peuvent conduire l'Autorité à se prononcer sur des affaires en cours**

Même si en principe, l'activité consultative de l'Autorité doit notamment « *présenter des situations factuelles de façon impartiale et détachée des cas contentieux* »²⁰, force est de constater que l'avis sur le secteur du transport public de voyageurs, cité ci-dessus, illustre que l'Autorité peut, dans ses avis, exprimer des hypothèses sur une affaire en cours d'instruction au sein même de l'Autorité.

Dans l'avis sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne, tout en précisant la nécessité d'« *attendre les résultats des investigations ainsi engagées* », l'Autorité s'est notamment prononcée sur les méthodes utilisées par Google pour le classement des résultats naturels²¹.

▪ **les avis sont repris dans les décisions contentieuses**

M. Bruno Lasserre, Président de l'Autorité, dans une interview de 2009 à la revue *Concurrences* intitulé « *La Nouvelle Autorité de la concurrence* », soulignait que les avis de l'Autorité « *ne préjugent en rien l'analyse qui pourrait être celle du collègue s'il était appelé à examiner une pratique donnée, dans le cadre d'une affaire contentieuse* »²².

¹⁷ Avis de l'Autorité de la concurrence n° 09-A-45 du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer.

¹⁸ Avis de l'Autorité de la concurrence n° 09-A-55 du 4 novembre 2009 concernant le secteur du transport public terrestre de voyageurs.

¹⁹ Décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-DCC-02 du 12 janvier 2010 relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Keolis et Effia par les sociétés SNCF-Participations et Caisse des dépôts et placements du Québec, points 99, 108, 117, 121 et 127.

²⁰ *Les avis de l'Autorité de la concurrence*, Patrick Spilliaert, *Concurrences* n°3-2010 – p. 61.

²¹ Avis de l'Autorité de la concurrence n° 10-A-29 du 14 décembre 2010 concernant le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne, § 313.

²² *La nouvelle Autorité de la concurrence*, Interview, *Concurrences* n° 1-2009, p. 9.

On relèvera un infléchissement dans une opinion autorisée relevant que « *dans sa mission d'advocacy l'Autorité peut ainsi expliciter et synthétiser les grilles d'analyses concurrentielles qui ont vocation à s'appliquer à matière contentieuse* »²³.

Il semble bien que se soit cette approche qui ait été retenue car les avis de l'Autorité sont de plus en plus cités dans les décisions contentieuses, notamment pour arrêter une définition de marché²⁴ ou définir la position des parties sur un marché²⁵, voire pour dire que l'entreprise poursuivie avait été « prévenue ».

▪ **les avis peuvent influencer les juridictions judiciaires**

A titre d'illustration, dans son jugement du 31 janvier 2012, le Tribunal de commerce de Paris, s'est fondé sur l'avis du 14 décembre 2010 de l'Autorité de la concurrence²⁶ pour constater « *une position fortement dominante* » de Google²⁷.

▪ **les avis peuvent conduire l'Autorité à formuler implicitement des injonctions structurelles ou comportementales aux entreprises**

Dans l'avis relatif aux contrats d'affiliation des magasins indépendants dans le secteur de la distribution alimentaire²⁸, rendu sur auto-saisine, l'Autorité a notamment préconisé aux grandes enseignes de la distribution alimentaire de :

- limiter la durée des contrats d'affiliation à 5 ans maximum ;
- supprimer, dans les contrats d'affiliation, les droits de propriété au profit des distributeurs et de limiter les clauses de non réaffiliation et de non concurrence post contractuelles à une durée d'un an et au seul magasin objet du contrat.

Le Conseil d'Etat a rejeté les recours respectivement formés par la société ITM et puis par le GALEC, en considérant que l'avis procède à l'analyse du degré de concentration du marché et ne constitue pas une décision susceptible de recours²⁹.

Force est cependant de constater que les préconisations formulées dans cet avis peuvent être lues comme des injonctions dans la mesure où l'on comprend, à la lecture de l'avis, que si les entreprises ne s'exécutent pas dans un certain délai des procédures contentieuses pourraient être mise en œuvre ou des modifications législatives opérées.

²³ *Quelques considérations sur l'activité consultative de l'Autorité des la concurrence*, Patrick Spilliaert, Contrats Concurrence Consommation n°6, Juin 2011, dossier 6, p 2.

²⁴ Décisions de l'Autorité de la concurrence n° 10-D-09 du 9 mars 2010, point 118 ; n° 10-D-31 du 12 novembre 2010 point 97 et n° 12-D-13 du 15 mai 2012, point 51.

²⁵ Décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-D-09 du 9 mars 2010, points 130 et 138.

²⁶ Avis de l'Autorité de la concurrence n°10-A-29 du 14 décembre 2010 portant sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne.

²⁷ Jugement du Tribunal de commerce de Paris du 31 janvier 2012 citant l'avis n°10-A-29 de l'Autorité de la concurrence.

²⁸ Avis de l'Autorité de la concurrence 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.

²⁹ CE, 11 octobre 2012, GALEC, n°346378 et CE, 11 octobre 2012, Casino Guichard-Perrachon, n°357193).

- **les avis peuvent inspirer des réformes législatives**

Dans l'avis précité relatif à la situation dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris, l'Autorité recommande au législateur de lui attribuer un pouvoir d'injonction structurelle. Or, le projet de loi présenté par le ministre des Outre-mer le 5 septembre 2012 au Sénat, relatif à la régulation économique outre-mer portant diverses dispositions relatives à l'outre-mer, a été adopté par la loi 2012-1270 du 20 novembre 2012 sur la régulation économique outre-mer. Un nouvel article L. 752-27 est inséré dans le code de commerce qui dote l'Autorité de la concurrence du pouvoir d'adresser aux opérateurs des «injonctions structurelles» dans le secteur de la grande distribution. L'Autorité peut désormais **enjoindre à l'entreprise, groupe d'entreprises ou au magasins de commerce de détail de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé qui ne peut excéder deux mois, tous accords et tous actes par lesquels s'est constituée la puissance économique qui permet les pratiques constatées en matière de prix ou de marges**. Elle peut, dans les mêmes conditions, leur enjoindre de procéder à la cession si cette cession constitue le seul moyen permettant de garantir une concurrence effective³⁰.

- **les avis peuvent avoir un impact sur la structure d'un marché**

Dans son avis relatif à la situation concurrentielle dans la distribution alimentaire à Paris³¹, l'Autorité a fait part de son souhait de pouvoir émettre des injonctions structurelles afin de recomposer le paysage d'un secteur économique sans qu'elle ait besoin de démontrer une quelconque infraction au droit de la concurrence³².

Que cette portée considérable soit appréciée ou regrettée, il apparaît qu'une compétence ayant un tel impact doit être pris très au sérieux juridiquement.

B. Des garanties procédurales insuffisantes

Face à la portée des avis de l'Autorité de la concurrence, il semble légitime de souhaiter l'institution des garanties les plus élevées au bénéfice des entreprises. L'examen des avis démontre que ces garanties sont insuffisantes. Les règles encadrant le pouvoir de l'Autorité et les garanties procédurales des entreprises sont très floues.

- **le pouvoir d'auto-saisine de l'Autorité n'est pas encadré**

Alexis de Tocqueville, dans son célèbre ouvrage « *De la démocratie en Amérique* », soulignait qu'un des caractères de la puissance judiciaire est « *de ne pouvoir agir que quand on l'appelle, ou suivant l'expression légale, quand elle est saisie* »³³.

L'Autorité peut s'autosaisir de « *toute question concernant la concurrence* »³⁴ sans qu'elle soit obligée d'apporter la moindre justification. Si, en général, dans les faits, l'Autorité publie sur son site

³⁰ Article L. 752-27 du code de commerce.

³¹ Avis de l'Autorité de la concurrence n° 12-A-01 du 12 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans la distribution alimentaire à Paris.

³² *Ibidem*, points 192 à 195.

³³ *De la démocratie en Amérique I (première partie), chapitre IV : Du pouvoir judiciaire aux Etats-Unis et de son action sur la société politique*, Alexis de Tocqueville.

³⁴ Article L. 462-4 du code de commerce.

internet des décisions d'auto-saisine (les décisions « SOA ») expliquant les motivations de l'Autorité à enquêter sur un secteur particulier, nul ne dispose de la faculté de remettre en cause le bien fondé de ces justifications.

▪ **les demandes d'avis par les autorités de régulation sectorielle ne sont pas encadrées**

L'Autorité peut rendre des avis à la demande des autorités de régulation sectorielle notamment dans le cadre d'analyses de marché sans avoir l'obligation d'entendre (et lui donner l'opportunité de faire valoir ses arguments) toutes les entreprises concernées par son analyse.

Or, l'avis que rend l'Autorité peut avoir un impact majeur sur la régulation de l'activité de l'entreprise lorsque cette dernière est susceptible de se voir imposer des mesures de régulation du fait de l'exercice d'une influence significative sur le marché analysé.

Pour autant, toutes les entreprises dont l'activité concernée par des mesures de régulation *ex ante* ne sont pas nécessairement auditionnées par les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence, pas plus qu'elles n'assistent à la séance de l'Autorité au cours de laquelle elle sont au mieux auditionnées en application de l'article L.463-7 du Code de commerce.

L'absence de toute contrainte procédurale n'est pas neutre au regard de l'impératif du respect des droits de la défense, notamment du principe du contradictoire.

Ainsi, dans le cadre de l'avis relatif aux marchés de gros des prestations de segments interurbains interterritoriaux relatifs aux collectivités territoriales de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy, l'Autorité de la concurrence a conforté l'analyse de l'ARCEP quant à l'influence significative d'un opérateur sur ces marchés. L'Autorité de la concurrence a même incité l'ARCEP à étendre sa régulation au-delà du périmètre initialement envisagé par elle³⁵.

▪ **la publicité des saisines pour avis et des avis eux-mêmes n'est pas obligatoire**

Lorsque l'Autorité est saisie ou s'auto-saisit pour avis, aucune forme de publicité n'est obligatoire. La publication des avis rendus sur saisine (à l'exception des saisines obligatoires) ne l'est pas plus. La décision de publier ou non ses avis ne revient qu'à l'Autorité ou au Gouvernement pour des avis rendus à la demande de ce dernier.

Ainsi, récemment, l'Autorité a choisi de rendre un avis public en invoquant les informations parues dans la presse et « dans un souci de transparence »³⁶.

▪ **l'Autorité de la concurrence ne s'estime pas tenue par le périmètre de la demande d'avis**

Alors qu'une demande d'avis peut comporter des questions de portée générale mais précises, l'Autorité de la concurrence considère ne pas être tenue de répondre aux questions soulevées

³⁵ Avis de l'Autorité de la concurrence n° 11-A-08 du 10 juin 2011 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) portant sur les marchés de gros des prestations de segments interurbains interterritoriaux relatifs aux collectivités territoriales de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy.

³⁶ Avis n° 12-A-25 du 21 décembre 2012 – Avis sur la prise en compte des surcoûts dits historiques dans le système de péréquation entre coopératives de messageries de presse et communiqué du 3 janvier 2013

dans la saisine pour avis : l'Autorité peut donc s'abstenir de répondre à une ou plusieurs questions qui lui sont soumises.

▪ **les pouvoirs d'enquête de l'Autorité ne sont pas clairement définis**

Si le Président de l'Autorité a pu affirmer que dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs consultatifs, l'Autorité peut « mobiliser ses pouvoirs d'enquête, en commençant par réunir des informations sur le terrain ou par demander des renseignements aux acteurs »³⁷ en se fondant sur les articles L. 450-1 et L.450-3 du code de commerce, il n'en demeure pas moins qu'aucun texte législatif ne vient encadrer clairement cette question.

Au contraire, 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 du présent livre* » (soulignement ajouté). L'article L. 450-3 du code de commerce renvoie aux « *agents mentionnés à l'article L. 450-1* », c'est-à-dire, aux agents habilités à procéder à toute enquête nécessaire à l'application des dispositions des titres II et III du livre IV du code de commerce. Or, les Titres II et III du Livre IV du code de commerce régissent la procédure de contrôle des concentrations et des pratiques anticoncurrentielles. Les dispositions régissant la procédure consultative de l'Autorité sont quant à elles contenues dans le Titre VI du livre IV.

Malgré l'absence de clarté des règles applicables, l'Autorité semble user de ses pouvoirs d'enquête comme dans le cadre d'une procédure contentieuse. A titre d'illustration, dans le cadre de l'enquête relative à la saisine d'office pour avis concernant le 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, l'Autorité a indiqué à une entreprise interrogée qu'il était possible que des rapporteurs membres du service d'instruction viennent procéder à un audit dans ses locaux.

• **Aucun texte ne régit la procédure de demande de secret d'affaires**

Par ailleurs, il semble que l'Autorité ait pris l'habitude d'envoyer des demandes d'information et d'auditionner certaines entreprises objet de l'enquête, mais rien n'est en revanche prévu pour protéger les secrets d'affaires de ces entreprises interrogées. Par précaution, les entreprises interrogées peuvent certes déposer une demande de protection des secrets d'affaire, mais il conviendrait de pouvoir la faire sur un fondement juridique assuré.

• **La méthode d'enquête employée par l'Autorité n'est pas précisée**

Pour adopter ses avis, l'Autorité se fonde avant tout sur la méthode des questionnaires adressés aux acteurs du marché. Ces questionnaires sont élaborés actuellement sans cadre préalable qui garantisse la neutralité des questions, la nature et le caractère approprié de l'échantillon des destinataires des questionnaires, et par conséquent, la valeur probante des réponses apportées. En particulier, à la différence de certaines autorités de la concurrence (p.ex. l'OFT/Competition Commission), l'Autorité ne possède pas de code de bonnes pratiques qui décrive la méthode d'enquête et la transparence des résultats (notamment en ce qui concerne l'échantillon, la construction du questionnaire, la clarté et le caractère neutre des questions, la formulation des options de réponse, le traitement statistique des réponses, l'accès aux résultats).

³⁷ *La régulation concurrentielle, un an après sa réforme*, Bruno Lasserre, Concurrences n° 3-2010, point 52.

- **La durée de la procédure n'est pas encadrée**

Les avis rendus par l'Autorité de la concurrence ne sont contraints par aucun formalisme ni aucun calendrier. Aussi bien le saisissant que l'entreprise concernée par un avis ignorent dans quel délai et suivant quel calendrier, l'Autorité de la concurrence instruira puis rendra son avis.

De même, ce défaut d'encadrement du déroulement de la demande d'avis peut se traduire, à l'instar de la procédure de mesures conservatoires, par une accélération soudaine de la procédure privant le saisissant et/ou l'entreprise intéressée de la faculté de réagir à l'analyse de l'Autorité de la concurrence³⁸. A cet égard, il convient de souligner que le rapporteur décide de l'opportunité d'auditionner telle entreprise sans que les autres opérateurs potentiellement concernés ne soient informés ni impliqués.

- **Aucune disposition ne garantit le respect du principe du contradictoire**

Dans la phase d'instruction d'une demande d'avis, ni le saisissant, ni l'entreprise concernée par l'avis sont mises en situation de faire valoir leurs points de vue et arguments de manière contradictoire³⁹. Les auditions ne donnent pas lieu à l'établissement de procès-verbaux, mais à de simples « compte-rendus d'entretien » sans cadre juridique.

Dans la phase d'examen de la demande d'avis par le collège (« phase contradictoire »), aucune information, aucun document (notamment le rapport des services d'instruction) n'est communiqué au saisissant et à l'entreprise concernée.

Le déroulement de la séance devant le collège de l'Autorité de la concurrence est symptomatique de l'insuffisance des règles encadrant la procédure de demande d'avis. En effet, en séance, l'entreprise concernée n'est admise à assister à la séance autrement que pour une brève intervention dans le meilleur des cas, sauf si elle est saisissante. L'entreprise concernée n'est pas autorisée à entendre le rapport des services d'instruction ni les arguments qui ont pu être avancés par les autres parties entendues dans le cadre de l'instruction.

D'une manière générale, les entreprises concernées qui peuvent être très nombreuses dans le cas d'avis à portée générale, ne peuvent faire valoir leur point de vue que si les services d'instructions les contactent et nul ne peut s'exprimer sur les orientations suggérées par ces derniers pour redresser les erreurs factuelles ou corriger les analyses erronées.

II. Suggestions sur l'encadrement de la procédure d'élaboration des avis de l'Autorité de la concurrence

Afin d'assurer le respect par l'Autorité de la concurrence, dans l'élaboration de ses avis, de principes de bonne conduite propres à favoriser une meilleure régulation et de garantir la compatibilité de cette procédure et des procédures de nature juridictionnelles qui pourraient

³⁸ Avis de l'Autorité de la concurrence n° 12-A-08 du 20 mars 2012 relatif au cadre réglementaire concernant l'appel à candidature des attributions de fréquences « 4 G ».

³⁹ Avis de l'Autorité de la concurrence n° 12-A-08 du 20 mars 2012 relatif au cadre réglementaire concernant l'appel à candidature des attributions de fréquences « 4 G » ; Avis de l'Autorité de la concurrence n° 11-A-08 du 10 juin 2011 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) portant sur les marchés de gros des prestations de segments interurbains interterritoriaux relatifs aux collectivités territoriales de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy.

s'appuyer sur les avis ainsi émis avec les principes du procès équitable, plusieurs pistes méritent à l'évidence d'être explorées, et une réflexion générale d'être menée.

Mais par-delà les considérations de bonnes pratiques, le vide juridique actuel peut, lorsque la procédure d'avis et la procédure contentieuse se rencontrent, soulever de délicates questions sur le respect des principes essentiels du procès équitable. Certes, l'on peut relever qu'a priori, la procédure d'avis ne se trouve pas formellement, du moins lorsque l'Autorité en respecte l'objet et l'esprit, dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Force est toutefois de relever la tendance marquée de la Cour de Strasbourg à exiger le respect de ces principes lors de procédures qui, bien qu'en marge d'un procès, sont susceptibles d'avoir un effet déterminant sur l'issue de celui-ci⁴⁰.

Cette question du respect de l'équité survient chaque fois que d'un problème juridique traité dans un avis rendu par l'Autorité de la concurrence, dépend l'issue d'une procédure répressive, voire d'un litige portant sur des droits civils. Il se peut que l'avis en question soit cité au soutien de la thèse de l'une des parties et retenu par la juridiction qui, compte tenu de la valeur technique et du magister moral attaché à cet avis, s'y tiendra. Ainsi par exemple, dans sa décision n°12-D-13 du 15 mai 2012, l'Autorité de la concurrence, statuant comme autorité répressive, s'est contentée, sur le point crucial de l'existence d'un marché, de relever que « *Dans son avis n°97-A-23 du 15 octobre 1997 relatif au projet de regroupement des activités de gestionnaire de réseaux de contrôle technique automobile de la société MAAF Assurances et de l'association Dekra e.V., le Conseil de la concurrence a considéré qu'il existait un marché du contrôle technique automobile, marché distinct de celui des prestations destinées aux centres de contrôle* ».

L'entreprise confrontée à cet argument pourra certes contester les conclusions retenues par l'Autorité de la concurrence dans son avis, mais il risque de ne pouvoir le faire avec la pleine efficacité qu'aurait autorisée une procédure transparente et contradictoire *ab initio*. L'exemple précité est à cet égard éclairant : comment combattre utilement l'existence d'un prétendu marché du contrôle technique automobile lorsque cette existence s'infère d'une position prise suivant un processus opaque, non contradictoire et insusceptible de recours, rendue qui plus est quinze années plus tôt ? En cela, les droits de la défense dont ce justiciable devrait bénéficier risquent d'avoir été irrémédiablement atteints.

Ce danger d'une discordance entre la procédure d'avis et les principes du procès équitable est naturellement exacerbé lorsqu'une entreprise dont le comportement a pu être stigmatisé dans un avis, se voit poursuivie devant l'Autorité elle-même en raison d'un prétendu manquement aux règles de la concurrence. Cette situation risque de faire naître, en l'absence de tout encadrement de la procédure d'avis, deux griefs à l'encontre de la décision sanctionnatrice qui aurait finalement été rendue.

Au-delà de ces considérations purement juridiques, les insuffisances procédurales comportent des risques de nature économique. En effet, la tendance naturelle des entreprises et de leurs conseils est de suivre par précaution les recommandations dégagées dans les avis. Si ces derniers ont été rendus à la suite d'une procédure qui n'a pas permis à certains acteurs particulièrement bien

⁴⁰ Voir par exemple : CEDH, 28 novembre 2000, n°36350/97, Siegel c. France, §38, où la Cour relève, à propos d'une procédure de conciliation devant des notaires sur un litige successoral que les principes du procès équitable devaient être respectés dès cette phase au motif que « la procédure devant les notaires était si étroitement liée au contrôle du tribunal d'instance qu'elle ne peut pas être dissociée dudit contrôle aux fins de la détermination des droits et obligations civils du requérant. Par conséquent, la Cour conclut que l'article 6§1 de la Convention s'applique en l'espèce ».

informés de coopérer suffisamment avec l'Autorité, on ne peut exclure que les recommandations des avis soient erronées.

Comme ils ne sont pas contestables une fois qu'ils sont rendus et qu'ils seront a priori suivis, il peut en résulter un comportement économiquement non optimal des entreprises auquel il ne sera pas possible de remédier. Les problèmes de procédure ne relèvent donc pas seulement du formalisme ou du souci légitime de protéger les droits de la défense, mais concernent aussi l'intérêt général que l'Autorité est chargée de défendre.

L'APDC soumet donc des suggestions de réformes qui lui semblent particulièrement souhaitables. La plupart ne nécessitent pas l'application de textes législatifs mais pourraient faire l'objet d'un communiqué de procédure de l'Autorité.

➤ ***Suggestion n°1 : publicité***

Toute procédure d'avis sur saisine d'office devrait faire l'objet d'une publicité sous forme d'un communiqué de presse indiquant (i) les marchés concernés, (ii) la ou les questions de concurrence justifiant la procédure et (iii) les rapporteurs en charge du dossier.

➤ ***Suggestion n°2 : contradictoire***

Le communiqué de presse devra préciser que les observations de toute personne intéressée pourront être adressées à l'Autorité dans un délai qui sera précisé

La liste des contributions sera publiée en même temps que l'avis et le contenu de ces contributions sera accessible sur le site de l'Autorité, sous réserve du respect de la protection du secret des affaires.

➤ ***Suggestion n°3 : contradictoire / droits de la défense***

Toute audition au cours de l'instruction devrait donner lieu à l'établissement de procès-verbal.

Avant la séance, l'Autorité rendra publique une synthèse de la proposition établie par les rapporteurs. Toute personne intéressée sera invitée à formuler des observations dans un délai fixé.

Toutes les personnes intéressées seront avisées de la tenue de la séance en temps utile (3 semaines auparavant) et pourront, demander à être entendues par le rapporteur et par le Collège lors de la séance. Le Président de l'Autorité ayant la possibilité de limiter le nombre de personnes présentes pour des raisons pratiques.

Les personnes intéressées pourront demander l'audition de tiers. L'Autorité communiquera une synthèse de la proposition établie par les rapporteurs.

Un renvoi au règlement intérieur applicable aux procédures contentieuses, notamment aux titres III et IV, pourrait permettre d'améliorer le respect des droits fondamentaux des parties concernées

➤ *Suggestion n°4 : Distinction des procédures d'avis et de sanction*

Les avis doivent s'interdire de pré-qualifier la situation ou de stigmatiser les comportements d'entreprises identifiés ou aisément identifiables.

➤ *Suggestion n°5 : Sort des pièces et informations recueillies au cours de la procédure d'avis*

Afin de garantir aux entreprises fournissant à l'Autorité les éléments nécessaires à l'élaboration de l'avis que le secret éventuellement attaché aux informations transmises ne soit pas dévoilé, une garantie spécifique se rapprochant de celle permettant en phase contentieuse de protéger le secret des affaires serait appropriée.

En complément, et afin d'éviter toute utilisation de ces éléments lors de procédures ultérieures, il pourrait être précisé que les pièces ainsi recueillies doivent, une fois l'avis rendu, être restituées à leur propriétaire où, s'agissant de copies, détruites sans délai par l'Autorité.

➤ *Suggestion n°6 : Protection de l'impartialité*

Aucun des membres du collège de l'Autorité de la concurrence ayant participé à l'élaboration et à la rédaction d'un avis ne pourra connaître ultérieurement d'un dossier contentieux soulevant la problématique traitée dans cet avis.

➤ *Suggestion n°7 : Code des bonnes pratiques*

Plus généralement, élaboration par l'Autorité d'un code de bonnes pratiques sur la rédaction des questionnaires adressés au marché lors des enquêtes préalables aux avis, détaillés et établis selon des méthodes scientifiques/statistiques reconnues et transparentes (à l'instar des Guidelines de l'OFT/Competition Commission).

III. En conclusion

L'APDC souhaiterait donc, dans le cadre de la concertation avec l'Autorité de la concurrence, échanger sur les points évoqués ci-dessus.

1^{er} février 2013