

N° 396

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2015-2016

Enregistré à la Présidence du Sénat le 11 février 2016

RAPPORT D'INFORMATION

FAIT

*au nom de la commission des affaires européennes (1) sur la **consultation publique de la Commission européenne « Habilitier les autorités nationales de concurrence à appliquer les règles européennes de concurrence plus efficacement »**,*

Par M. Philippe BONNECARRÈRE,

Sénateur.

(1) Cette commission est composée de : M. Jean Bizet, *président* ; MM. Michel Billout, Michel Delebarre, Jean-Paul Emorine, André Gattolin, Mme Fabienne Keller, MM Yves Pozzo di Borgo, André Reichardt, Jean-Claude Requier, Simon Sutour, Richard Yung, *vice-présidents* ; Mme Colette Mélot, M Louis Nègre, Mme Patricia Schillinger, *secrétaires*, MM. Pascal Allizard, Éric Bocquet, Philippe Bonnacarrère, Gérard César, René Danesi, Mme Nicole Duranton, M. Christophe-André Frassa, Mmes Joëlle Garriaud-Maylam, Pascale Gruny, MM. Claude Haut, Mme Gisèle Jourda, MM. Claude Kern, Jean-Yves Leconte, François Marc, Didier Marie, Michel Mercier, Robert Navarro, Georges Patient, Michel Raison, Daniel Raoul, Alain Richard et Alain Vasselle.

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
AVANT-PROPOS	5
I. L'APPLICATION DU DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE, UNE COMPÉTENCE PARTAGÉE ENTRE L'UNION EUROPÉENNE ET LES ÉTATS MEMBRES	7
A. LE RÈGLEMENT 1/2003	7
1. <i>Les principales dispositions du règlement</i>	7
2. <i>La répartition des compétences entre la Commission européenne et les autorités nationales de concurrence</i>	10
B. LE RÉSEAU EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE : DIFFUSION DE <i>SOFT LAW</i> OU CRÉATION DE NORMES ?	12
1. <i>Un forum de discussion et de coopération</i>	12
2. <i>... disposant néanmoins d'un important pouvoir d'harmonisation</i>	13
II. POUR UN REHAUSSEMENT MAÎTRISÉ DES STANDARDS DES AUTORITÉS NATIONALES DE CONCURRENCE EN EUROPE	17
A. LA CONSULTATION PUBLIQUE DE LA COMMISSION : HARMONISER LE FONCTIONNEMENT DES AUTORITÉS NATIONALES DE CONCURRENCE	17
1. <i>Une initiative bienvenue pour mieux appliquer le règlement 1/2003</i>	18
2. <i>... mais qui doit demeurer encadrée</i>	20
B. L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE FRANÇAISE A PRIORI PEU IMPACTÉE PAR LES RÉSULTATS DE LA CONSULTATION PUBLIQUE	21
1. <i>L'Autorité de la concurrence en France : des pouvoirs étendus et régulièrement accrus</i>	21
2. <i>Le positionnement favorable de l'Autorité de la concurrence au sein du réseau européen de la concurrence</i>	23
EXAMEN EN COMMISSION	27
PROPOSITION DE RÉOLUTION EUROPÉENNE	33
ANNEXE - Articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne	35
LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES	37

AVANT-PROPOS

Depuis l'entrée en vigueur du règlement 1/2003, le droit de la concurrence est mis en œuvre en Europe à la fois par la Commission européenne et par les autorités nationales de concurrence : l'application de ces règles européennes est désormais décentralisée. Toutefois, des spécificités nationales, voire des divergences, en particulier en termes de moyens et en matière procédurale, subsistent entre les autorités nationales.

En lançant sa consultation publique, en novembre 2015, la Commission a souhaité recueillir des avis sur la possibilité de mieux appliquer le droit européen de la concurrence, en particulier grâce à l'harmonisation de l'instruction des dossiers par les autorités nationales de concurrence.

Votre commission des affaires européennes a décidé de prendre part au débat et d'apporter sa contribution à cette consultation publique en fixant quelques grandes orientations à l'attention du gouvernement, en adoptant une proposition de résolution européenne, et de la Commission, en lui adressant un avis politique.

I. L'APPLICATION DU DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE, UNE COMPÉTENCE PARTAGÉE ENTRE L'UNION EUROPÉENNE ET LES ÉTATS MEMBRES

La consultation publique, lancée par la Commission européenne le 4 novembre 2015, jusqu'au 12 février 2016, vise à savoir s'il est opportun d'habiliter les autorités nationales de concurrence à appliquer les règles européennes de concurrence plus efficacement et, en cas de réponse positive, s'il convient de légiférer en la matière. Toutefois, d'après les informations obtenues à Bruxelles par votre rapporteur, une éventuelle proposition d'acte législatif n'interviendrait de toute façon pas avant 2017.

A. LE RÈGLEMENT 1/2003

1. Les principales dispositions du règlement

Cette consultation publique intervient plus de dix ans après l'entrée en vigueur, le 1^{er} mai 2004, du **règlement n° 1/2003 (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne**, relatifs, respectivement, aux pratiques concertées qui restreignent la concurrence et aux abus de position dominante.

**Les procédures visées par les articles 101 et 102
du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne**

Procédures de l'article 101 - antitrust

Les affaires visant à enquêter sur des accords anticoncurrentiels (des ententes, par exemple) sont déclenchées par :

- une plainte, par exemple de la part d'un concurrent ;
- l'initiative de l'autorité de la concurrence, c'est-à-dire la Commission européenne ou une autorité nationale de concurrence ;
- une demande dans le cadre d'un programme de clémence (le participant à une entente peut alors éviter une amende ou bénéficier d'une amende réduite en échange d'informations sur l'entente).

Si la Commission européenne lance une enquête, elle a des compétences étendues. Elle a notamment le droit de demander des informations aux entreprises, mais également d'entrer dans les locaux de ces sociétés, de saisir leurs registres et d'interroger leurs représentants.

Si, sur la base de son enquête initiale, la Commission décide d'ouvrir une enquête approfondie, elle élabore une communication des griefs qu'elle envoie aux entreprises concernées.

Les entreprises faisant l'objet d'une enquête peuvent accéder au dossier de la Commission et répondre à la communication des griefs. Elles peuvent également demander une audition. Si, à l'issue de cette étape, la Commission est toujours convaincue qu'il y a infraction, elle peut adopter une décision d'infraction qui peut notamment infliger des amendes aux parties.

La Commission peut également décider d'adopter une décision d'engagement où aucune amende n'est infligée. Dans le cadre de cette décision, les parties s'engagent à dissiper les inquiétudes de la Commission quant au respect des règles de concurrence, généralement pour une période donnée. Si les parties ne tiennent pas leur engagement, elles peuvent se voir infliger une amende.

Les parties peuvent faire appel des décisions de la Commission.

Procédures de l'article 102 - abus de position dominante

Une autorité de concurrence nationale ou la Commission peut ouvrir une enquête de sa propre initiative ou à la suite d'une plainte.

La première étape essentielle dans ces affaires consiste à déterminer si l'entreprise concernée a une « position dominante ». Il faut notamment définir son marché concernant le(s) produit(s) qu'elle fournit et la zone géographique dans laquelle ils sont commercialisés. En règle générale, si sa part de marché est inférieure à 40 %, il est peu probable que l'entreprise ait une position dominante.

D'autres facteurs sont également pris en compte : l'existence ou non de barrières empêchant de nouveaux entrants de pénétrer le marché ou le degré d'implication de l'entreprise faisant l'objet de l'enquête à différents stades de la chaîne d'approvisionnement (connu sous le nom d'« intégration verticale »).

L'étape suivante consiste à déterminer si cette position dominante fait l'objet d'un abus en raison de pratiques telles que le fait de brader les prix (prix inférieurs à ceux des concurrents), d'affirmer que l'entreprise est le fournisseur exclusif, etc.

Les autorités de concurrence ont les mêmes pouvoirs d'investigation que pour les procédures de l'article 101. Les dispositions relatives au droit de défense, au système de communication des griefs, aux décisions d'engagement, aux amendes et à l'indemnisation sont également identiques.

Ce règlement, pour l'adoption duquel le commissaire de l'époque Mario Monti s'était beaucoup investi, détermine les règles du **droit européen de la concurrence**.

Ses dispositions ont largement modifié l'application du droit européen de la concurrence. **Ce texte permet l'application décentralisée, par les autorités nationales de concurrence, des règles de concurrence appliquées auparavant par la Commission européenne qui disposait, en la matière, d'un monopole exclusif** depuis un règlement de 1962. Il accroît ainsi le rôle des autorités nationales de concurrence et juridictions nationales dans la mise en œuvre du droit européen de la concurrence. Cette réforme a permis à la Commission de concentrer ses ressources sur la lutte contre les infractions les plus graves aux règles de la concurrence, celles ayant une dimension transfrontalière.

Parmi ses principales dispositions figurent :

- **l'habilitation des autorités nationales de concurrence et des juridictions nationales à appliquer intégralement les règles communautaires** relatives aux pratiques restrictives, ce qui multiplie les instances dotées de ces pouvoirs et assure ainsi une application plus large de ces règles¹ ;

- une **coopération étroite entre la Commission européenne et les autorités nationales de concurrence au sein du réseau européen de la concurrence.**

La Commission considère que ce texte a permis un changement qualitatif et constitue un **indéniable succès**, en particulier parce qu'il permet une meilleure articulation entre la Commission et les États membres - en dix ans, 250 cartels ont été démantelés, dont 60 par la Commission.

Cette appréciation positive est partagée par le président de l'Autorité de la concurrence, M. Bruno Lasserre, qui a souligné les deux grandes réussites permises par le règlement :

- par la décentralisation qu'il a réalisée, le règlement illustre la **mise en œuvre du principe de subsidiarité** : aujourd'hui 85 % des décisions relatives à l'application du droit de la concurrence sont prises par les autorités nationales, la Commission indiquant que, du 1^{er} mai 2004 au 31 décembre 2013, sur 787 affaires instruites, 122 l'ont été par elle et 665 par les autorités nationales ;

- sur le fond, **l'œuvre d'harmonisation** engagée par le règlement **a beaucoup avancé**, et la Commission, qui en a la possibilité juridique, n'a jamais eu besoin de recourir à son pouvoir de dessaisissement pour remettre en cause la décision d'une autorité nationale qu'elle aurait désapprouvée.

Pour autant, si les autorités nationales de concurrence appliquent les **mêmes règles de fond**, elles utilisent des **procédures divergentes**. C'est pourquoi la Commission estime qu'il convient d'améliorer encore

¹ *Les États membres peuvent toutefois adopter des lois nationales en matière de concurrence plus strictes que le droit européen.*

l'application du règlement 1/2003, notamment en permettant aux autorités nationales de se l'approprier davantage pour le mettre en œuvre au plus près des réalités du terrain et pour aboutir à des décisions plus cohérentes entre autorités nationales.

2. La répartition des compétences entre la Commission européenne et les autorités nationales de concurrence

Le règlement 1/2003, pour l'application des articles 101 et 102 du traité, a organisé le **passage d'une compétence exclusive de la Commission européenne à des compétences parallèles entre la Commission et les autorités nationales de concurrence** et définit, dans son article 11, la **coordination** des différents acteurs nécessaire au bon fonctionnement du dispositif.

La répartition des compétences n'obéit cependant pas à des dispositions très précisément rédigées. Il s'agit en effet de **conserver une certaine flexibilité au système** : le règlement évoque d'ailleurs une simple « coopération » et précise que « *la Commission et les autorités de concurrence des États membres appliquent les règles communautaires de concurrence en étroite collaboration* ». De fait, la répartition des affaires se fait à l'amiable. En règle générale, les autorités nationales traitent des affaires relevant de leur marché, tandis que la Commission instruit les dossiers les plus importants ou affectant plus de trois États membres, comme dans le cas de Gazprom, ou encore concernant un abus de position dominante à l'échelle mondiale, comme dans le dossier Google.

Le mécanisme général est le suivant :

- en début de procédure, les autorités doivent s'informer mutuellement de l'ouverture d'un cas afin de pouvoir déterminer l'allocation optimale de certaines affaires ;

- de même que la Commission européenne est tenue de consulter les autorités nationales avant chacune de ses décisions, celles-ci notifient à la Commission leurs projets de décision lorsqu'elles appliquent le droit européen.

Il favorise la stimulation, les autorités nationales devant argumenter au mieux pour expliquer pourquoi elles sont mieux placées que la Commission pour instruire les dossiers. *A contrario*, les rares échecs de la coopération, par exemple dans l'affaire de la réservation hôtelière en ligne où la France et l'Allemagne ont adopté des positions différentes, démontrent les effets néfastes d'attitudes de défiance. L'assistance mutuelle est également bénéfique, comme l'a montré l'affaire qui a permis à l'autorité de la concurrence britannique de mettre à jour la collusion des compagnies pétrolières pour la fourniture de kérosène qui affectait le marché français.

Les étapes de la procédure

La phase d'allocation des cas

L'article 11, paragraphe 3, du règlement 1/2003 dispose que « *les autorités de concurrence des États membres informent la Commission par écrit avant ou sans délai après avoir initié la première mesure formelle d'enquête. Cette information peut également être mise à la disposition des autorités de concurrence des autres États membres* ».

En pratique, cette information des autres autorités de concurrence, y compris de la Commission européenne, au début de la procédure, se fait par la diffusion, sur l'intranet du réseau européen de la concurrence, d'une fiche type (*new case*).

L'élément qui déclenche la mise sur le réseau d'une affaire réside dans la possible application du droit de l'Union des pratiques anticoncurrentielles et donc dans la possibilité d'une affectation sensible du commerce entre États membres par les pratiques visées. Cet examen est effectué en premier lieu par les services des autorités nationales aux seules fins de l'information du réseau dans le délai prévu par le règlement, sans préjudice de l'appréciation ultérieure lors de l'enquête et de l'instruction, et *a fortiori* de l'appréciation de l'autorité au moment de la prise de décision.

Le système de consultation et le mécanisme d'attribution des cas fonctionnent horizontalement entre autorités nationales, d'une part, et verticalement, dans les sens ascendant et descendant entre les autorités nationales et la Commission européenne, d'autre part.

La consultation obligatoire de la Commission

L'article 11, paragraphe 4, du règlement dispose qu'« *au plus tard trente jours avant l'adoption d'une décision ordonnant la cessation d'une infraction, acceptant des engagements ou retirant le bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie, les autorités de concurrence des États membres informent la Commission. [...] Ces informations peuvent aussi être mises à la disposition des autorités de concurrence des autres États membres* ».

Cette obligation d'informer la Commission est donc limitée aux cas mentionnés. Pour toutes les autres décisions, l'information de la Commission et des autres autorités nationales est facultative et peut se faire dans le cadre de l'article 11, paragraphe 5.

Afin de permettre un suivi global des affaires traitées par les autorités de concurrence, le règlement a également prévu la fiche type dite de *closed case*. Sur une base facultative, les autorités peuvent ainsi informer les autres membres du réseau de l'issue de leurs procédures.

Le dessaisissement

L'article 11, paragraphe 6, du règlement permet notamment à la Commission de dessaisir les autorités nationales de cas concernant des pratiques affectant les échanges entre États membres et posant des questions d'interprétation ou

d'application cohérente du droit de l'Union européenne. Cette disposition n'a toutefois jamais été utilisée jusqu'à présent.

Enfin, l'article 12 du règlement, relatif aux échanges d'informations, précise qu'aux fins de l'application des articles 101 et 102 du traité, la Commission et les autorités nationales ont le pouvoir de se communiquer et d'utiliser comme moyen de preuve tout élément de fait ou de droit, y compris des informations confidentielles.

B. LE RÉSEAU EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE : DIFFUSION DE SOFT LAW OU CRÉATION DE NORMES ?

1. Un forum de discussion et de coopération...

Le règlement 1/2003 a mis en place un **réseau européen de la concurrence composé des autorités nationales de concurrence et de la Commission européenne**. Il en énonce les grands principes de fonctionnement, tandis que les détails sont précisés par une communication spécifique de la Commission¹.

Forum de discussion et de coopération, ce réseau fournit un cadre dans lequel s'inscrivent les relations de la Commission et des autorités nationales de concurrence dans les affaires où les articles 101 et 102 du traité sont appliqués et vise à créer et diffuser une culture commune de la concurrence en Europe². Il leur permet d'**échanger des informations**, y compris des informations confidentielles, et des expériences pour les aider à lutter contre les violations des règles de concurrence et à **faire converger leurs procédures**.

Ce système d'information mutuelle est essentiel. Il permet de donner à chaque autorité nationale de concurrence une visibilité sur l'activité de ses homologues et, concrètement, offre la possibilité, pour les rapporteurs qui instruisent les affaires, d'échanger sur des cas réels et de partager leur expérience.

À ce stade, les discussions et échanges de vues au sein du réseau sont de différentes natures. Ils vont de la simple demande d'information à l'expression de la volonté de traiter un cas en commun. Ces discussions sur les cas constituent un système interactif et dynamique permettant une mise en commun des connaissances et du savoir-faire des différentes autorités pour assurer un traitement efficace des infractions.

¹ Communication 2004/C 101/03 du 27 avril 2004.

² Les publications et statistiques du réseau figurent à l'adresse suivante : <http://ec.europa.eu/competition/ecn/>

Cependant, selon M. Bruno Lasserre, **le réseau n'a pas vocation à définir ou redéfinir des règles en créant du droit, mais à les appliquer à des cas concrets**. Ainsi, les **notices ou lignes directrices** publiées par le réseau ne seraient qu'un recueil de bonnes pratiques pas nécessairement applicables dans l'ensemble des États membres et dépourvues d'effet normatif : il s'agirait simplement de *soft law*. Il a appuyé sa démonstration en citant un récent arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 20 janvier dernier¹, selon lequel la Cour établit que des instruments adoptés dans le cadre du réseau, y compris le programme-modèle en matière de clémence, qui avait été adopté en 2006, n'ont pas d'effet contraignant à l'égard des autorités nationales de concurrence, indépendamment de la nature juridictionnelle ou administrative de ces autorités. Aussi les programmes de clémence de l'Union européenne et des États membres coexistent-ils de façon autonome.

2. ... disposant néanmoins d'un important pouvoir d'harmonisation

Pourtant, le réseau européen de la concurrence est *de facto* un **instrument très puissant d'harmonisation de l'application du droit européen de la concurrence** grâce au partage des connaissances et des savoir-faire qu'il permet, mais aussi à ses publications, guides de bonnes pratiques et lignes directrices en particulier.

Comme le notait la Commission dans son rapport de 2009 sur le fonctionnement du règlement 1/2003, « *les règles de concurrence communautaires sont donc dans une large mesure devenues « le droit du pays » pour l'ensemble de l'UE. La coopération au sein du REC a favorisé son application cohérente. Le réseau constitue un modèle innovateur de gouvernance pour la mise en œuvre du droit communautaire par la Commission et les autorités des États membres* »². Cinq ans plus tard, la Commission, dans son rapport sur les dix ans d'application du règlement 1/2003, indiquait également que « *les travaux multilatéraux réalisés dans le cadre du réseau ont joué un rôle de catalyseur dans la promotion d'une convergence accrue* »³.

Par ailleurs, **les activités du réseau européen de la concurrence sont denses** et, si elles sont généralement présentées comme informelles, il apparaît qu'elles sont déjà **relativement structurées**, comme le montre la relation qu'en fait le rapport d'activité 2014 de l'Autorité de la concurrence.

En effet, le réseau fait l'objet d'un pilotage et comprend des groupes d'experts « horizontaux » et « sectoriels ». C'est d'ailleurs **au sein du réseau** qu'ont été abordées les difficultés que rencontrent certaines autorités

¹ Arrêt DHL Express Srl / Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato.

² Texte COM (2009) 206 final du 29 avril 2009.

³ Texte COM (2014) 453 final du 9 juillet 2014.

nationales de concurrence et, par conséquent, **esquissées les pistes de réflexion faisant l'objet de la consultation publique de la Commission.**

Les réunions au sein du réseau européen de la concurrence

En 2014, les représentants de la Commission européenne et des ANC se sont rencontrés à 20 reprises dans le cadre du REC : la fréquence et le nombre important de participants à ces réunions témoignent de l'activité soutenue des autorités de concurrence en matière de coopération en Europe. Le pilotage des travaux a mis plus particulièrement l'accent sur la cohérence en matière de droit des concentrations, de politique de sanction, de services de paiement, de transport et d'agriculture.

Le pilotage du REC

Le pilotage des travaux du REC est assuré par les réunions des directeurs généraux qui sont préparées par des réunions plénières.

La réunion des directeurs généraux

La réunion des directeurs généraux est traditionnellement chargée de définir les priorités du REC. Elle a pour fonction de valider le programme des travaux de l'ensemble des sous-groupes horizontaux et sectoriels et peut adopter des résolutions au nom du REC. Les directeurs généraux se sont réunis à deux reprises en 2014.

Les directeurs généraux ont également évoqué le bilan des 10 ans d'application des règles en matière de pratiques anticoncurrentielles ainsi que des améliorations susceptibles d'être apportées au règlement 1/2003. Plusieurs thèmes ont été abordés : (i) la structuration institutionnelle des ANC, notamment pour garantir qu'elles puissent remplir leurs missions de manière indépendante et impartiale ; (ii) la convergence procédurale afin d'assurer l'efficacité de l'intervention des ANC et (iii) la convergence en matière de clémence et de sanctions, en vue de garantir un degré suffisant de dissuasion.

Les directeurs généraux ont eu un premier échange de vues avec Margrethe Vestager, nouvelle commissaire européenne en charge de la concurrence.

Les directeurs généraux ont par ailleurs poursuivi leurs travaux en matière de convergence des pratiques de mise en œuvre des règles de concurrence.

Les réunions plénières du REC

La réunion plénière contribue au pilotage du REC en préparant les travaux des réunions des directeurs généraux et en débattant des orientations générales de politique de concurrence. Les représentants des ANC et de la Commission européenne font également un état des lieux des travaux engagés dans chaque groupe et sous-groupe de travail.

En 2014, trois réunions plénières se sont tenues à Bruxelles.

Les groupes d'experts « horizontaux »

Les groupes d'experts « horizontaux » réunissent des représentants de chaque ANC et de la Commission européenne dans le dessein de favoriser une meilleure cohérence dans leur pratique décisionnelle ou, lorsque les circonstances l'exigent, de préparer la révision de règlements d'exemption de la Commission européenne. Ces groupes de travail concernent la coopération et les garanties procédurales, la lutte contre les cartels, le contrôle des concentrations ainsi que la détermination des sanctions.

La question de la place et du rôle des ANC a été abordée au sein du groupe de travail sur la coopération et les garanties procédurales. Constatant que les États membres sont largement autonomes quant à la structuration qu'ils choisissent pour leurs ANC respectives, il est apparu nécessaire de discuter de la mise en place de règles permettant que toutes les ANC puissent remplir leurs missions de manière indépendante et impartiale. En particulier, le groupe de travail a exploré la nécessité de prévoir pour toutes les ANC que les principes suivants soient assurés : (i) l'indépendance des ANC, de leur management et de leur formation de jugement, (ii) l'autonomie budgétaire, (iii) l'octroi de moyens humains et financiers suffisants et (iv) la mise en place de procédures de nomination transparentes fondées sur le mérite.

Les groupes d'experts « sectoriels »

Il existe également des groupes d'experts « sectoriels » dans l'agroalimentaire, l'énergie, les services financiers et de paiement, le transport et les assurances.

Source : Autorité de la concurrence (rapport d'activité 2014, extraits)

Plusieurs personnes auditionnées par votre rapporteur ont regretté le **manque de transparence** affectant le fonctionnement du réseau. Les réunions organisées dans le cadre du réseau se déroulent à huis clos et la Commission y exercerait une très grande influence. Des modèles procéduraux, par exemple sur les programmes de clémence, sont publiés, mais on ignore les éléments du débat qui y ont abouti.

II. POUR UN REHAUSSEMENT MAÎTRISÉ DES STANDARDS DES AUTORITÉS NATIONALES DE CONCURRENCE EN EUROPE

Pour votre rapporteur, la consultation publique de la Commission européenne doit être comprise comme la possibilité de parvenir à une application plus harmonisée par les autorités nationales de concurrence du droit européen de la concurrence sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne.

Son objectif n'est donc pas d'ajouter des règles potentiellement plus strictes, voire pénalisantes pour les entreprises européennes, mais bel et bien de mettre le droit européen de la concurrence au service d'une stratégie politique ambitieuse de conquête de nouveaux marchés, à l'échelle tant européenne que mondiale, afin de contribuer à la réindustrialisation de l'Europe.

À cet égard, les autorités nationales de concurrence, dans la conduite de cette stratégie, doivent pouvoir prendre en compte les réalités économiques objectives et, en conséquence, définir le marché pertinent à l'échelle européenne.

Le marché pertinent est défini comme le lieu où se confrontent l'offre et la demande de produits ou de services considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux mais non substituables aux autres biens ou services offerts. Sa délimitation permet donc d'identifier le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre entreprises.

Il ressort des auditions menées par votre rapporteur que cette définition est aujourd'hui connue et bien admise par les différents acteurs du droit de la concurrence, y compris de l'Autorité de la concurrence française. Pour celle-ci, le marché pertinent géographique comprend le territoire sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et exclut les zones géographiques voisines dès lors que les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable.

A. LA CONSULTATION PUBLIQUE DE LA COMMISSION : HARMONISER LE FONCTIONNEMENT DES AUTORITÉS NATIONALES DE CONCURRENCE

Le règlement 1/2003 ne concerne ni les moyens ni les procédures par lesquels les autorités nationales de concurrence appliquent le droit européen de la concurrence. La consultation publique de la Commission porte précisément sur ces questions.

Le questionnaire établi par la Commission et auquel les parties prenantes à la consultation publique sont appelées à répondre comprend des centaines de questions, parfois très techniques, sur 95 pages.

L'idée générale qui sous-tend l'ensemble du questionnaire consiste à s'interroger sur l'efficacité de l'application par les autorités nationales de concurrence des règles européennes de concurrence : d'une part, les autorités nationales pourraient-elles faire plus et mieux pour mettre en œuvre ces règles, et, d'autre part, faut-il entreprendre une action en ce sens, à quel niveau (Union européenne et/ou États membres) et selon quelle procédure (législative ou non) ?

Le questionnaire est axé sur quatre sujets thématiques :

- 1) les ressources et l'indépendance des autorités nationales ;
- 2) les moyens dont elles disposent (« boîte à outils ») pour mener à bien leurs tâches : pouvoirs d'inspection, de collecte d'informations, y compris numériques, de sanctions, de déterminer librement son programme de travail, etc. ;
- 3) le pouvoir d'imposer des sanctions sur les entreprises : nature des sanctions, structures visées par les sanctions, montant des sanctions ;
- 4) les programmes de clémence¹ : existence dans les différents États membres et divergences éventuelles, base légale de la procédure, demande sommaire, lien entre les programmes de clémence et les sanctions touchant les individus.

Il s'agit de garantir une application effective et dissuasive du droit européen de la concurrence quelle que soit l'autorité nationale en charge de le mettre en œuvre.

1. Une initiative bienvenue pour mieux appliquer le règlement 1/2003...

L'objectif visé par la Commission à travers sa consultation publique est de permettre aux autorités nationales de concurrence d'appliquer plus complètement le droit européen de la concurrence grâce à un **rehaussement des standards en Europe**. Le Parlement européen, dans sa récente résolution sur le rapport annuel de la Commission sur la politique de concurrence de l'Union européenne, partage le même objectif².

Comme le notait la Commission dans son rapport de 2014 dressant le bilan de dix ans de mise en œuvre du règlement 1/2003, « *l'application des règles a atteint un haut niveau de convergence, mais des divergences subsistent. Ces dernières s'expliquent principalement par l'existence de disparités en ce qui concerne la position institutionnelle des autorités nationales et les procédures et*

¹ La procédure de clémence permet d'accorder un traitement favorable aux entreprises qui coopèrent avec l'autorité nationale afin de mettre au jour et de sanctionner les ententes.

² Résolution du 19 janvier 2016, dans laquelle le Parlement européen « estime essentiel que la Commission continue de promouvoir une meilleure convergence et coopération entre les autorités nationales de concurrence de l'Union européenne ».

sanctions nationales. Le règlement 1/2003 a laissé en grande partie ces questions ouvertes »¹.

Concrètement, **le fonctionnement des autorités nationales de concurrence reste perfectible dans certains États membres**, pour des raisons différentes :

- certaines autorités **manquent de moyens**, budgétaires ou en ressources humaines, pour accomplir leurs missions ;

- d'autres ont des **compétences juridiques limitées** ou, à tout le moins, interviennent dans un contexte juridique qui circonscrit leurs actions. La Commission cite le pouvoir de réaliser des inspections dans des locaux non commerciaux, la possibilité de choisir les affaires à instruire, des disparités sur la portée des pouvoirs d'enquête (impossibilité d'apposer des scellés sur des locaux ou de collecter efficacement des données numériques) ou encore des pouvoirs d'inspection plus théoriques qu'effectifs. Ainsi, certaines autorités, au Royaume-Uni et en Irlande par exemple, ne peuvent fonder leurs décisions que sur le droit pénal, ce qui n'est guère adapté au droit de la concurrence, car infligeant des peines trop lourdes, et n'ont pas le pouvoir de prononcer des sanctions financières – c'est le cas au Danemark. De même, en Allemagne, où certaines questions telles que le principe de continuité économique de l'entreprise et la solidarité de la société mère dans le paiement des sanctions infligées aux filiales sont débattues, un changement, purement formel, de structure juridique permettrait aux entreprises sanctionnées de ne pas être astreintes au paiement de l'amende et donc d'y échapper ;

- d'autres encore **manquent d'indépendance**. Elles n'ont pas toutes la garantie de ne pas recevoir d'instructions gouvernementales, voire pire. Il a par exemple été indiqué à votre rapporteur que le président de l'autorité de la concurrence polonaise aurait été démis de ses fonctions pour une décision qui avait déplu au gouvernement de son pays ;

- enfin, certaines autorités de concurrence ont des **pratiques différentes pour appliquer leurs programmes de clémence**, alors que cette procédure est particulièrement importante puisqu'elle permet de démanteler aujourd'hui la plupart des cartels, par exemple pour les lessives, les produits d'hygiène et d'entretien, le transport de colis ou encore les yaourts sous marques de distributeurs.

En lançant sa consultation, la Commission cherche à **aboutir à un traitement harmonisé des dossiers dans l'ensemble de l'Union européenne**. Il s'agit de **parvenir à une plus grande convergence**, en particulier sur les moyens juridiques. Dans un contexte de mondialisation, la crédibilité des autorités nationales de concurrence est indispensable. L'objectif de la Commission présente aussi des opportunités pour la France

¹ Texte COM (2014) 453 final du 9 juillet 2014.

car les entreprises françaises ayant des activités dans l'Union européenne ont un intérêt objectif à ce que leurs dossiers soient traités par des autorités nationales de concurrence indépendantes et performantes.

Pour autant, **il n'existe pas de modèle uniforme d'autorité nationale de concurrence**. En instaurer un n'est d'ailleurs pas l'objectif de la consultation de la Commission qui n'a pas de position de principe sur la forme que doit revêtir une autorité nationale, pourvu que les dispositions du règlement « *soient effectivement respectées* ». Votre rapporteur partage cette position.

2. ... mais qui doit demeurer encadrée

La convergence recherchée par la Commission européenne est **souhaitable, mais doit demeurer encadrée**, d'autant plus que la décentralisation de l'application du droit européen de la concurrence a nécessairement accentué l'amplification, en France, des compétences de l'Autorité de la concurrence.

D'une part, il est **important de préserver l'autonomie procédurale de chaque État membre**. Celle-ci permet aussi l'existence de particularités nationales que l'on ne voudrait pas voir disparaître dans notre pays. C'est le cas, par exemple, du double tour du contradictoire en cas de contentieux, qui n'existe pas lorsque l'affaire est instruite par la Commission, ou de garanties procédurales en matière de protection du secret des affaires ou de confidentialité. Toute tentation de réduire les standards en la matière doit, selon votre rapporteur, être évitée.

D'autre part, la convergence des autorités nationales de concurrence doit être conditionnée à leur **capacité à rendre des comptes**.

L'harmonisation du fonctionnement des autorités nationales de la concurrence est nécessaire pour mieux appliquer le droit de la concurrence, mais elle doit demeurer maîtrisée pour éviter de donner lieu aux critiques fréquemment formulées à l'occasion de la prolifération et du fonctionnement des autorités administratives indépendantes en France¹, et dans un contexte déjà marqué depuis plusieurs années par le développement des agences dans l'Union européenne.

De nombreuses autorités de régulation nationales ont été créées par le droit européen, le plus souvent comme un instrument devant réaliser l'ouverture des marchés à la concurrence décidée en Europe. Toutefois, le droit européen laisse aux États membres des marges de manœuvre dans

¹ Sur ce point, voir le rapport (n° 126 ; 2015-2016) établi par Mme Marie-Hélène Des Esgaulx, présidente, et M. Jacques Mézard, rapporteur, au nom de 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, du 28 octobre 2015.

l'institution de ces autorités. Ainsi, dans le domaine de la concurrence, le règlement 1/2003 prévoit, à son article 35, que « *les États membres désignent l'autorité ou les autorités de concurrence compétentes [y compris des juridictions] pour appliquer les articles 101 et 102 du traité* » et que ces autorités doivent être dotées des mesures nécessaires pour pouvoir appliquer ces articles. Le même article précise que, « *lorsque l'application du droit communautaire en matière de concurrence est confiée à des autorités administratives et judiciaires nationales, les États membres peuvent assigner différentes compétences et fonctions à ces différentes autorités nationales, qu'elles soient administratives ou judiciaires* ».

Ce manque de précision peut expliquer en partie les évolutions ultérieures du rôle des instances de régulation, en l'espèce en matière de concurrence, dont les pouvoirs n'ont cessé de s'étendre, alors que les marchés sont aujourd'hui ouverts, au point d'apparaître parfois comme « un État dans l'État ». Cette évolution se retrouve aussi dans le pouvoir consultatif, qui peut aussi faire l'objet d'une auto-saisine, parfois trop étendu qui a été dévolu aux autorités nationales de concurrence au risque qu'elles outrepassent leurs compétences d'origine.

Aussi convient-il de prendre garde à ce que le renforcement des autorités nationales de concurrence **n'entraîne pas une perturbation des équilibres institutionnels** et à ce que leur fonctionnement demeure sous le contrôle du parlement. **Conforter l'indépendance des autorités nationales de concurrence** est souhaitable, mais **ne saurait aboutir à leur irresponsabilité : leur indépendance doit s'accompagner du dialogue et du contrôle. C'est à ces conditions que leurs pouvoirs pourront être accrus.**

B. L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE FRANÇAISE A PRIORI PEU IMPACTÉE PAR LES RÉSULTATS DE LA CONSULTATION PUBLIQUE

1. L'Autorité de la concurrence en France : des pouvoirs étendus et régulièrement accrus

L'Autorité de la concurrence a été **instituée par la loi de modernisation de l'économie, en 2008**, et a succédé au Conseil de la concurrence créé en 1986 à l'occasion de la libération des prix. Elle comprend un collège de dix-sept membres, dont cinq sont permanents, y compris le président, nommés pour cinq ans par décret. Les douze autres membres ne siègent que pour les séances auxquelles ils sont invités. Le président de l'Autorité de la concurrence, M. Bruno Lasserre, est nommé par le Président de la République selon la procédure de l'article 13 de la Constitution. Afin d'assurer l'impartialité de la position de l'Autorité, l'instruction et la décision finale du collège délibérant sont distinctes.

L'Autorité de la concurrence, dont l'effectif total est de 180 personnes et le budget annuel légèrement inférieur à 20 millions d'euros, exerce **trois principales missions** :

- vérifier que les entreprises respectent le droit commun de la concurrence. La loi lui donne la possibilité de sanctionner les comportements illicites pour un montant pouvant s'élever à 10 % du chiffre d'affaires mondial du groupe dont l'entreprise relève, mais l'Autorité peut également négocier des solutions et inviter les entreprises à prendre des engagements ;

- contrôler les structures, en examinant l'ensemble des projets de fusion et de rachat soumis par les entreprises ;

- de manière consultative, mener des enquêtes sectorielles pour formuler des recommandations au gouvernement ou au parlement ou pour adresser des signaux aux entreprises.

L'Autorité de la concurrence a vu ses **pouvoirs régulièrement accrus** depuis son institution, par exemple en matière de contrôle des concentrations, exercé avant 2008 par le ministre de l'économie, ou, plus récemment, à l'occasion de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « loi Macron », qui lui a attribué des compétences supplémentaires, par exemple pour la fixation des tarifs des professions réglementées et la carte de leur répartition territoriale.

En outre, l'Autorité de la concurrence dispose également aujourd'hui d'une **compétence très étendue en matière d'avis**, sur toute question touchant à la concurrence. En 2014, les demandes d'avis de l'Autorité se sont maintenues à un niveau élevé, soit 35 avis sollicités¹, contre 42 l'année précédente.

L'Autorité a aussi le **pouvoir de s'autosaisir, à la fois en matière contentieuse** (à sept reprises en 2014, contre trois l'année précédente) **et en matière consultative** (une fois en 2014, après deux fois en 2013). Son rapport d'activité 2014 note qu'en matière contentieuse, « *l'Autorité de la concurrence a été particulièrement active [...], traduisant sa volonté d'être proactive afin de définir ses priorités au regard des enjeux économiques et des dysfonctionnements de marché susceptibles d'affecter certains secteurs* ». Or, la multiplication des avis pourrait donner aux entreprises le sentiment d'un cadre rigide qui bride excessivement leurs initiatives. Par ailleurs, l'absence de contrôle juridictionnel sur les avis lui donne un pouvoir que d'aucuns estiment exagéré. On notera toutefois que le nombre d'auto-saisines en matière consultative a tendance à diminuer au cours des dernières années.

Par ailleurs, l'Autorité de la concurrence intervient également comme un **acteur du débat public en formulant des propositions de réformes** dans son domaine de compétences. Ainsi, en mars 2014, elle a publié un rapport, intitulé *Pour un contrôle des concentrations plus simple*,

¹ Parmi ces demandes d'avis, figurent notamment 8 demandes en provenance des régulateurs sectoriels, 8 sur toute question de concurrence posée par le gouvernement, le parlement, les collectivités territoriales, les organisations professionnelles, syndicales, de consommateurs, etc., et 5 au titre de la consultation obligatoire de l'Autorité sur les projets de textes restreignant la concurrence.

cohérent et stratégique en Europe, qui formule dix propositions présentées comme « autant de pistes pour la prochaine législature européenne afin d'accroître la cohérence des législations nationales ». Ces propositions de réformes s'articulent autour de trois grands axes : créer un mécanisme de prévention des conflits entre autorités nationales de concurrence, unifier les notions de base des droits nationaux des concentrations et mieux coordonner les politiques en ce domaine. Leur mise en œuvre aurait donc des conséquences sur l'application du droit de la concurrence, non seulement au plan intérieur, mais également à l'échelle de l'Union européenne.

2. Le positionnement favorable de l'Autorité de la concurrence au sein du réseau européen de la concurrence

Il est très probable que les résultats de la consultation publique de la Commission n'aient que peu d'impact concret, voire pas du tout sur le fonctionnement ni les compétences de l'Autorité de la concurrence française. Il n'est d'ailleurs pas excessif d'affirmer que le résultat recherché par la Commission est d'aligner les autorités nationales de concurrence sur l'Autorité française en élevant les standards en Europe, en particulier en matière juridique.

En effet, l'Autorité de la concurrence française bénéficie d'une **très bonne réputation** tant à Bruxelles, où elle est perçue comme un « bon élève », qu'au sein du réseau européen de la concurrence, mais aussi par les avocats spécialisés en droit de la concurrence que votre rapporteur a été amené à auditionner. Elle est considérée comme réactive et créative, et disposant d'un président compétent, influent et bénéficiant d'une longue expérience dans l'exercice de son mandat, et d'un personnel très qualifié.

De fait, au sein du réseau européen de la concurrence, **l'Autorité de la concurrence française est la plus active** en termes d'enquêtes ouvertes et de décisions prises depuis 2004 :

L'Autorité au sein du réseau européen de concurrence

Principales autorités de concurrence contributrices	Nombre d'enquêtes ouvertes susceptibles de conduire à appliquer le droit européen*	Nombre de décisions prises sur le fondement du droit européen**
Commission européenne	281	Non applicable
France	236	112
Allemagne	192	107
Espagne	130	93
Italie	126	103
Hongrie	112	33
Pays-Bas	102	50
Autriche	93	16
Danemark	77	46
Royaume Uni	77	18

Statistiques au 31 mars 2015

* Les autorités nationales de concurrence (ANC) doivent informer le Réseau européen de la concurrence (REC) des cas dans lesquels le droit européen est susceptible d'être appliqué, afin d'assurer la cohérence de sa mise en œuvre.

** Les ANC doivent aussi se communiquer le projet de décision envisagée en fin de procédure.

Source : Autorité de la concurrence

Parmi les 28 États membres de l'Union européenne, la France restait, en 2014, le premier pays contributeur en matière de diffusion de fiches d'allocation des cas sur le réseau. Entre le 1^{er} mai 2004 et le 31 mars 2015, la France a notifié 236 cas au réseau, suivie par l'Allemagne (192), l'Espagne (130), l'Italie (126) et la Hongrie (112). Par ailleurs, en 2014, l'Autorité de la concurrence a mis 12 fiches de consultation obligatoire de la Commission sur le réseau (contre 7 en 2013). Comparée à ses homologues européens, l'Autorité de la concurrence française est la plus active en la matière : entre le 1^{er} mai 2004 et le 31 mars 2015, elle a diffusé 112 fiches sur le réseau, suivie par le *Bundeskartellamt* (107) et l'autorité italienne (103). Pour l'Autorité de la concurrence, il est préférable de traiter en France des dossiers qui, autrement, le seraient à Bruxelles.

Il est vrai que ces chiffres élevés trouvent aussi leur explication dans le fait que l'Autorité de la concurrence, contrairement à la Commission, est **contrainte d'instruire toutes les affaires dont elle est saisie. Elle ne dispose pas de l'opportunité des poursuites**, comme c'est le cas par exemple de l'autorité britannique, et ne peut donc sélectionner les affaires les plus importantes qu'elle souhaiterait traiter. Cela lui permettait aussi de mieux arbitrer l'allocation de ses ressources.

En France, le recours aux programmes de clémence est relativement important, mais il convient de constater qu'ils sont utilisés bien davantage par les entreprises étrangères que par les entreprises nationales.

Selon des informations qui ont été communiquées à votre rapporteur, **l'Autorité de la concurrence française ne serait pas une autorité nationale de concurrence plus rigoureuse qu'une autre**, et clôt beaucoup de ses enquêtes par un accord amiable avec les entreprises.

Elle se distingue en revanche par sa plus grande sévérité en matière de sanctions, en particulier pour les ententes, et elle ne fait pas un usage discriminatoire de ses sanctions qui touchent des entreprises françaises comme des entreprises étrangères. **En 2014**, elle a infligé des **amendes d'un montant record de plus de 1 milliard d'euros**, dont près de 606 millions au titre de l'entente sur les produits d'hygiène et plus de 345 millions pour sanctionner celle sur les produits d'entretien. Au cours du premier semestre 2015, elle avait prononcé des peines d'amendes d'un montant total de près de 220 millions d'euros, dont plus de 192 millions contre l'entente sur les produits laitiers. Au total, **de 2004 au premier semestre 2015**, elle a infligé des **amendes d'un montant de 4,8 milliards d'euros**, dont plus de 1 milliard en 2014, 754 millions en 2005, 631 millions en 2008 et 540 millions en 2012.

Certaines de ces amendes ont été revues à la baisse par le juge. Ainsi, en 2008, l'amende de plus de 575 millions d'euros sanctionnant un cartel dans le secteur de la sidérurgie a vu son montant ramené à 74 millions par la cour d'appel de Paris.

Il convient de noter que le **produit des amendes** prononcées par l'Autorité de la concurrence française est **versé au budget de l'État**. Celui des amendes infligées par la Commission est affecté au budget communautaire.

Sans doute conviendrait-il de parvenir à une **plus grande harmonisation dans les sanctions infligées** car les pratiques ne sont pas identiques en Europe.

Les décisions de l'Autorité de la concurrence sont soumises à un **contrôle juridictionnel**, mais celui-ci est de fait **handicapé par le manque de moyens de la cour d'appel de Paris** – le contrôle des décisions relatives aux concentrations est exercé par le Conseil d'État – dont une section comprenant trois magistrats est chargée, non seulement du contentieux de la concurrence, mais aussi des décisions d'autres autorités administratives, celles de l'AMF par exemple. La cour d'appel de Paris est confrontée à une charge de travail croissante. Bien consciente des difficultés que cette dernière induit sur son activité contentieuse, elle a obtenu récemment la signature d'un contrat d'objectifs et de moyens avec le ministère de la justice, dont il conviendra de tirer un premier bilan.

Un nombre réduit des décisions de l'Autorité de la concurrence sont contestées en justice, quatre ou cinq par an, mais ce sont généralement les affaires les plus importantes. En 2014, 85 % des décisions de l'Autorité ont été confirmées par la justice.

EXAMEN EN COMMISSION

La commission des affaires européennes s'est réunie le jeudi 11 février 2016 pour l'examen du présent rapport. À l'issue de la présentation faite par M. Philippe Bonnacarrère, le débat suivant s'est engagé :

M. Éric Bocquet. – La composition des autorités de la concurrence est-elle la même partout ? Quel est le mode de désignation de ses membres en France ? L'Autorité de la concurrence peut-elle être saisie de la question des véhicules de tourisme avec chauffeur (VTC), qui a entraîné les protestations des taxis en France, mais aussi à Londres ? L'article 101 du traité européen proscrit tout accord qui appliquerait « des conditions inégales à des prestations équivalentes ».

M. André Gattolin. – Davantage que son encadrement juridique, la politique de la concurrence au niveau européen m'inquiète pour son caractère anti-industriel. La Commission applique un modèle américain inspiré du *Sherman Act* de la fin du XIX^e siècle, complété par le *Clayton Antitrust Act* de 1914. Or ces lois destinées à éviter la concentration sectorielle s'appliquaient dans un pays déjà unifié – au contraire de l'Union européenne, toujours en construction et où les grandes entreprises fondent toujours leur développement sur des marchés nationaux.

Fusionner ces marchés à l'échelle européenne relève d'une dynamique complexe, qui a été contrariée par les règles de plus en plus strictes imposées par la Commission, des années 1970 aux années 1990. Jusqu'au sein même de la Commission, on entend dire que la seule politique industrielle de l'Union européenne est la politique de la concurrence. Or, sauf l'exception culturelle, nous nous interdisons tout crédit d'impôt sectoriel – une limite que les Américains ne s'imposent nullement. Cela nous empêche, et c'est regrettable, de construire, en particulier dans le domaine technologique, des groupes européens en mesure de rivaliser avec leurs homologues nord-américains ou asiatiques ; l'investissement dans les nouvelles technologies est difficile sans aides d'État, dont ces redoutables concurrents ne se privent pas.

Je n'ai rien contre une régulation de la concurrence, mais j'ai l'impression que l'émergence de nos industries européennes est pénalisée par un certain dogmatisme. Je préconise pour ma part un système de « serpent fiscal » qui autoriserait aux États une fourchette de crédit d'impôt dans les secteurs jugés prioritaires. Grâce au crédit d'impôt recherche, nous avons atteint l'excellence dans ce domaine, mais nous n'avons pas la filière verticale qui en faciliterait l'exploitation industrielle.

M. Michel Raison. – J’abonderai dans le même sens, en prenant des exemples agricoles : devons-nous être fiers ou inquiets de la faveur dont jouit notre Autorité de la concurrence ? Voici quelques années, l’Autorité s’est attaquée au cartel des endives ; condamnés à une amende de 3 millions d’euros, les producteurs ont gagné en appel, mais cet organisme, faisant preuve d’un véritable acharnement, s’est pourvu en cassation. Des producteurs de lait ont aussi été condamnés pour s’être regroupés, malgré leur relation profondément déséquilibrée avec les centrales d’achat. Ce constat ne s’applique pas qu’à l’Autorité de la concurrence : malgré une surcharge de normes, nos administrations et autorités sont si performantes que nous appliquons mieux que les autres les réglementations européennes, avec pour conséquence des pertes de parts de marché au niveau européen.

M. Jean-Paul Emorine, vice-président. – Vous affirmez que les règles de fond sont les mêmes, seules les procédures nationales divergent. Je puis vous citer l’exemple d’une entreprise d’envergure mondiale qui s’interroge sur la pérennité de son siège en France, parce que l’Autorité de la concurrence la juge en situation de monopole. La procédure est en cours depuis deux ans, ce qui remet en cause les décisions d’investissement de l’entreprise avec, au bout, un risque de disparition d’emplois dans le Nord et le Centre, où ils ne seront pas facilement remplacés. De trop fortes divergences d’application entre les pays européens pourraient déboucher sur des délocalisations complètes.

M. Philippe Bonnacarrère. – L’Autorité de la concurrence compte 17 membres, dont cinq permanents, président inclus, nommés par décret pour cinq ans ; et douze non-permanents au titre des personnalités qualifiées : membres de la Cour des comptes, de la Cour de cassation, professeurs de droit, avocats, chefs d’entreprise, représentants d’associations de consommateurs... Les experts interviennent plutôt dans l’instruction des dossiers. L’Autorité de la concurrence a une section et un budget dédiés aux études économiques.

Rien n’interdit une saisine de l’instance sur la question des taxis. Le Gouvernement a la possibilité de solliciter son avis, ce qu’il a peut-être trop fait à une certaine époque, obligeant l’Autorité à traiter des sujets qui ne relevaient pas de sa compétence. Mais on a également reproché à l’Autorité elle-même d’abuser de l’auto-saisine. C’est le complexe de la Réserve fédérale américaine ou de la Banque centrale européenne : influencer sur les comportements en « parlant aux marchés » et en multipliant les interventions et les indications ! Depuis, la pratique est beaucoup moins fréquente.

La loi Macron a donné lieu à une divergence de vues sur le tarif du notariat : le Gouvernement voulait qu’il soit fixé par l’Autorité de la concurrence, qui sera finalement saisie pour avis. Ce pourrait aussi être le cas pour les taxis. L’Autorité a été sollicitée sur les activités d’UberPop, mais non sur la régulation de la concurrence entre la société et les taxis.

En tant que législateurs, nous sommes partiellement responsables de cet encombrement. Tout en voulant réduire l'influence des autorités administratives indépendantes, nous nous employons à leur donner du travail ! Au nom de la protection du petit commerce, la loi de modernisation de l'économie fixe ainsi un seuil très bas de chiffre d'affaires pour la notification à l'Autorité de la concurrence du rachat de supermarchés par une enseigne commerciale.

Je ne suis pas convaincu du caractère discriminatoire et anti-industriel de la politique française et européenne de la concurrence. Si tel était le cas, l'Europe ne serait pas si bien représentée dans le classement des plus grands groupes mondiaux. Quant à la France, l'Autorité de la concurrence aurait beau jeu de répondre que les PME - le vrai point faible de notre industrie - auraient peu de chances d'émerger et de devenir des entreprises de taille intermédiaire dont nous avons tant besoin, si elle n'agissait pas contre les abus de position dominante des grands groupes. De plus, ces abus sont aussi commis par les entreprises internationales présentes en Europe. Une action moins acérée des autorités européennes laisserait le champ libre aux grandes sociétés américaines. Voilà pourquoi le ressenti que vous exprimez ne repose pas sur des éléments objectifs.

M. André Gattolin. - Je ne conteste pas la puissance historique des groupes européens dans certains secteurs, comme l'aéronautique, historiquement protégé ; mais dans celui des nouvelles technologies, le problème est réel : les États-Unis, suivis par les pays asiatiques, ont profité de la tolérance de l'OMC vis-à-vis du crédit d'impôt - une tolérance que ne partage pas la Commission européenne.

M. Philippe Bonnecarrère. - Les aides sectorielles ne sont pas le sujet de mon rapport. Si vous l'interrogez sur son activité, l'Autorité de la concurrence vous répondra qu'elle se concentre sur les projets qui entraînent un effet d'éviction. Les exemples de Michel Raison portent sur des cartels, pas sur des abus de position dominante ou des concentrations. Or la notion de cartel est déconnectée de celle de marché pertinent.

Je l'ai dit, le droit de la concurrence est européen, appuyé sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ; ce sont les règles de procédure et de traitement des dossiers qui varient selon les pays. En France, la procédure autorise l'Autorité de la concurrence à saisir les systèmes informatiques d'une entreprise, ce qui n'est pas le cas partout. De même, la constitution de la preuve, la possibilité de prononcer directement des sanctions ne sont pas appliquées uniformément.

La consultation publique de la Commission a pour objet d'harmoniser les procédures à un meilleur standard. On ne peut pas reprocher à l'Autorité de la concurrence de discriminer, puisqu'elle sanctionne aussi bien les entreprises étrangères que les entreprises françaises.

L'intérêt de notre système national est sa prévisibilité. L'entreprise mondiale à laquelle vous avez fait référence, monsieur Emorine, connaît la définition du marché pertinent et les critères de détermination d'une position dominante. Elle peut ainsi anticiper. Les professionnels ont accès aux notices du réseau européen auquel j'ai fait référence.

Enfin, les sanctions sont assorties de programmes de clémence : la première entreprise à dénoncer un cartel ne se voit pas appliquer d'amende ; la deuxième bénéficie d'une réduction d'environ 50 %, la troisième d'une réduction de 25 %. Les entreprises françaises y recourent assez peu - question de culture, malheureusement...

M. Jean-Paul Emorine, vice-président. - Merci. Nous allons maintenant examiner la proposition de résolution.

M. François Marc. - Je suis d'accord avec la prise en compte, mentionnée à l'alinéa 20, des réalités économiques objectives ; je suis plus réservé quant à la notion d'échelle adéquate du marché pertinent, dont la perception varie selon les pays. De plus, cette formulation conduit à une forme d'auto-limitation à l'alinéa 21, ou de différenciation entre les entreprises françaises, anglaises, allemandes, etc., en fonction de la perception de leurs autorités nationales. Pourquoi se limiter au marché européen quand l'échelle appropriée peut être mondiale ?

M. Jean-Paul Emorine, vice-président. - En effet, ces deux derniers alinéas mettent en avant une approche nationale plutôt qu'europpéenne ou internationale.

M. Daniel Raoul. - L'alinéa 16 n'est pas formulé comme une condition : il est indiqué que le pouvoir d'auto-saisine « comporte un risque » ; et sur le fond, qu'est-ce qu'une autorité administrative indépendante dépourvue de la capacité d'auto-saisine et dépendante du donneur d'ordre qu'est l'État ?

M. Philippe Bonnecarrère. - Il est d'usage, dans notre commission, de parvenir à une formulation consensuelle. En s'auto-saisissant, l'autorité de la concurrence influence les acteurs économiques à travers ses avis. Or le Sénat a récemment voulu encadrer juridiquement les autorités administratives indépendantes, au motif que leur inflation limitait les pouvoirs d'orientation et de contrôle du Parlement. Voilà le sens de l'alinéa 16 : attention à ne pas créer de nouvelles normes. Je gage qu'il se trouve parmi nous des collègues ayant fort peu d'appétence pour la *soft law* - ce processus par lequel la règle, au lieu d'être fixée par la loi nationale, émerge des avis d'un réseau informel d'experts. Nous souhaitons, par cette résolution, faire comprendre à l'Autorité de la concurrence qu'elle ne doit pas chercher à étendre son magistère en formulant des avis sur des questions dont elle n'est pas saisie.

M. Daniel Raoul. – Mon objection était aussi de forme. Écrire que l'auto-saisine « *comporte le risque qu'elles outrepassent leurs compétences* », ce n'est pas formuler une condition.

Mme Joëlle Garriaud-Maylam. – Oui ! Il conviendrait en outre de rappeler les droits du Parlement...

M. Jean-Paul Emorine, vice-président. – Je propose la formulation suivante : « *le pouvoir d'auto-saisine en matière d'avis des autorités nationales de concurrence ne doit pas outrepasser leurs compétences* ».

M. Philippe Bonnecarrère. – Les alinéas 20 et 21 relaient le message porté par Michel Raison, André Gattolin et le vôtre, Monsieur le président. Pour ma part, je ne suis pas convaincu que Bruxelles se désintéresse de la désindustrialisation de l'Europe ; l'époque où la Commission européenne négligeait les données économiques pour se concentrer sur les aspects juridiques est révolue.

La définition des marchés pertinents ne fait pas débat dans la pratique ; elle est soutenue par une jurisprudence abondante. Comme la notion d'utilité publique pour justifier une expropriation, elle peut faire l'objet d'un débat universitaire, mais il n'y a aucune ambiguïté pour les acteurs concernés, grâce à cette jurisprudence qu'ils connaissent bien. Le marché local, national, européen, la vente directe par Internet constituent des sectorisations connues et pertinentes.

Je crois cependant comprendre que vous souhaitez un engagement proactif de l'Union européenne en faveur du développement économique. Sur le plan technique, ces deux derniers alinéas peuvent être discutés ; mais ils doivent avant tout s'entendre dans une dimension politique.

M. Jean-Paul Emorine, vice-président. – Nous pouvons mieux répondre à nos préoccupations dans la rédaction de l'alinéa 20. Je propose que la mention : « *à une échelle adéquate qui peut être, dans certains cas, le niveau européen* » soit remplacée par la formulation suivante : « *à l'échelle européenne* ». L'Autorité de la concurrence se définit par rapport au marché français ; or il faut une approche européenne.

M. Philippe Bonnecarrère. – Vous demandez l'ubiquité à l'Autorité de la concurrence : elle doit être en mesure de définir un marché pertinent à l'échelle de Brest ou de Mâcon – en cas de notification d'un rachat de supermarché – tout en déployant sa réflexion, à d'autres moments, au niveau national, voire européen.

M. François Marc. – C'est à mes yeux une question plus économique que politique. La formulation proposée par le président me convient.

À l'issue du débat, la commission des affaires européennes a autorisé, à l'unanimité, la publication du présent rapport d'information, et adopté la proposition de résolution européenne ainsi modifiée, ainsi que l'avis politique rédigé dans les mêmes termes.

PROPOSITION DE RÉSOLUTION EUROPÉENNE

- ① Le Sénat,
- ② Vu l'article 88-4 de la Constitution,
- ③ Vu la communication de la Commission européenne du 9 juillet 2014 intitulée « Dix ans de mise en œuvre des règles concernant les pratiques anticoncurrentielles sous le régime du règlement n° 1/2003 : bilan et perspectives » (COM (2014) 453 final),
- ④ Vu la consultation publique lancée par la Commission européenne, du 4 novembre 2015 au 12 février 2016, sur le thème « Habilitier les autorités nationales de concurrence à appliquer les règles européennes de concurrence plus efficacement »,
- ⑤ Réaffirme l'importance de la politique européenne de la concurrence définie par le règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à la fois pour l'approfondissement du marché unique et dans la mise en œuvre des réformes structurelles au sein des États membres ;
- ⑥ Considère que la coopération et la complémentarité entre la Commission européenne et les autorités nationales de concurrence sont indispensables à la réussite de cette politique ;
- ⑦ Est favorable, dans le contexte de la consultation publique lancée par la Commission européenne, à ce que le rôle et les compétences des autorités nationales de concurrence soient mieux définis afin de parvenir à une plus grande harmonisation de l'application du droit de la concurrence dans l'ensemble de l'Union européenne ;
- ⑧ Considère que, pour gagner en efficacité, les autorités nationales de concurrence doivent :
 - ⑨ - être dotées des ressources financières et humaines suffisantes ;
 - ⑩ - bénéficier d'un statut d'indépendance, en particulier pour leur direction et leur formation de jugement ;
 - ⑪ - pouvoir infliger des sanctions, y compris des amendes, efficaces et proportionnées ;
 - ⑫ - établir des programmes de clémence ;
- ⑬ Est d'avis que les autorités nationales de concurrence doivent aussi disposer de l'opportunité d'engager des poursuites afin de pouvoir définir

leur programme de travail et mieux allouer leurs ressources aux dossiers à instruire ;

- ⑭ Estime toutefois qu'il est indispensable de maîtriser l'harmonisation du fonctionnement des autorités nationales de concurrence, en la soumettant à trois conditions :
- ⑮ - il n'est pas souhaitable de rechercher à instituer en Europe un modèle uniforme d'autorité nationale de concurrence : il convient donc de préserver l'autonomie procédurale garante d'un haut niveau de protection des droits ;
- ⑯ - le pouvoir d'auto-saisine en matière d'avis des autorités nationales de concurrence ne doit pas les conduire à outrepasser leurs compétences ;
- ⑰ - la meilleure définition du rôle des autorités nationales de concurrence ne doit pas entraîner une perturbation des équilibres institutionnels et leur fonctionnement doit donc être soumis au contrôle parlementaire ;
- ⑱ Appelle à ne pas négliger les moyens alloués au contrôle juridictionnel des décisions des autorités nationales de concurrence ;
- ⑲ Salue le rôle du réseau européen de la concurrence qui constitue un instrument efficace d'harmonisation de l'application du droit européen de la concurrence grâce au partage des connaissances et des savoir-faire ; rappelle toutefois que ce réseau n'a pas vocation à créer des normes juridiques nouvelles et insiste sur la nécessité de rendre son fonctionnement plus transparent ;
- ⑳ Considère que les autorités nationales de concurrence doivent pouvoir prendre en compte les réalités économiques objectives et, en conséquence, définir le marché pertinent à l'échelle européenne ;
- ㉑ Est en effet persuadé que les autorités nationales de concurrence doivent prendre leur part dans la réindustrialisation de l'Europe et qu'à cette fin, elles doivent appliquer le droit européen de la concurrence de façon à ce que les entreprises puissent conquérir de nouveaux marchés à l'échelle tant européenne que mondiale.

ANNEXE

Articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

Article 101

1. Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à :

a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,

b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,

c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,

d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,

e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.

3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :

- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,

- à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et

- à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :

a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,

b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Article 102

Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,

b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,

c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,

d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES

À BRUXELLES

- **Mme Linsey McCallum**, chef adjoint du cabinet de Mme Margrethe Vestager, commissaire européenne

- **M. Etienne Oudot de Dainville**, ministre-conseiller, et **M. Stéphane Dupuis**, conseiller à la Représentation permanente de la France auprès de l'Union européenne

- **M. Carles Esteva Mosso**, directeur à la DG Concurrence, et **M. Eddy De Smijter**, chef unité A4 à la DG Concurrence de la Commission européenne

À PARIS

- **Maître Antoine Choffel**, **Maître Robert Saint Esteben** et **Maître Eric Barbier de la Serre** - Association des Avocats Praticiens du Droit de la Concurrence (APDC)

- **Maître Didier Théophile**, avocat - Cabinet Darrois

- **M. Bruno Lasserre**, président, et **M. David Viros** - Autorité de la concurrence

Mme Muriel Chagny, Professeure des Universités en droit privé, a rédigé une contribution écrite.