

EXAMENS DE L'OCDE DE LA RÉFORME DE LA RÉGLEMENTATION
LA RÉFORME DE LA RÉGLEMENTATION EN FRANCE

LE ROLE DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE
DANS LA REFORME DE LA REGLEMENTATION



ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

En vertu de l'article 1^{er} de la Convention signée le 14 décembre 1960, à Paris, et entrée en vigueur le 30 septembre 1961, l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) a pour objectif de promouvoir des politiques visant :

- à réaliser la plus forte expansion de l'économie et de l'emploi et une progression du niveau de vie dans les pays Membres, tout en maintenant la stabilité financière, et à contribuer ainsi au développement de l'économie mondiale ;
- à contribuer à une saine expansion économique dans les pays membres, ainsi que les pays non membres, en voie de développement économique ;
- à contribuer à l'expansion du commerce mondial sur une base multilatérale et non discriminatoire conformément aux obligations internationales.

Les pays Membres originaires de l'OCDE sont : la France, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Danemark, l'Espagne, les États-Unis, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, la Suède, la Suisse et la Turquie. Les pays suivants sont ultérieurement devenus membres par adhésion aux dates indiquées ci-après : le Japon (28 avril 1964), la Finlande (28 janvier 1969), l'Australie (7 juin 1971), la Nouvelle-Zélande (29 mai 1973), le Mexique (18 mai 1994), la République tchèque (21 décembre 1995), la Hongrie (7 mai 1996), la Pologne (22 novembre 1996), la Corée (12 décembre 1996) et la République slovaque (14 décembre 2000). La Commission des Communautés européennes participe aux travaux de l'OCDE (article 13 de la Convention de l'OCDE).

Also available in English under the title :

THE ROLE OF COMPETITION POLICY IN REGULATORY REFORM

© OCDE 2004. Tous droits réservés.

Les permissions de reproduction partielle à usage non commercial ou destinée à une formation doivent être adressées au Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris, France, tél. (33-1) 44 07 47 70, fax (33-1) 46 34 67 19, pour tous les pays à l'exception des États-Unis. Aux États-Unis, l'autorisation doit être obtenue du Copyright Clearance Center, Service Client, (508)750-8400, 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923 USA, ou CCC Online : www.copyright.com. Toute autre demande d'autorisation de reproduction ou de traduction totale ou partielle de cette publication doit être adressée aux Éditions de l'OCDE, 2, rue André-Pascal, 75775 Paris Cedex 16, France.

AVANT-PROPOS

La réforme de la réglementation est aujourd'hui un domaine d'action essentiel aussi bien dans les pays de l'OCDE que dans les pays non membres. Pour que cette réforme soit bénéfique, il faut que les régimes réglementaires soient transparents, cohérents et exhaustifs. L'objectif doit être à la fois de mettre en place le cadre institutionnel le plus adéquat, de libéraliser les industries de réseau, de promouvoir et faire respecter le droit et la politique de la concurrence et d'ouvrir le marché intérieur et extérieur aux échanges et à l'investissement.

Ce rapport sur *Le rôle de la politique de la concurrence dans la réforme de la réglementation* analyse le cadre institutionnel et les instruments d'action en France. Il comporte également un ensemble de recommandations formulées par l'OCDE à l'issue de la procédure d'examen.

Ce rapport a été rédigé en vue de l'*Examen de l'OCDE de la réforme de la réglementation de la France*, publié en 2004. Cet examen fait partie d'une série de rapports par pays établis par l'OCDE au titre du Programme de réforme de la réglementation conformément au mandat que les Ministres des pays Membres lui ont conféré en 1997.

Depuis lors, l'OCDE a examiné la politique réglementaire de 16 pays Membres dans le cadre de ce programme, qui vise à aider les gouvernements à améliorer la qualité de leur réglementation, c'est-à-dire réformer leur réglementation de manière à favoriser la concurrence, l'innovation, la croissance économique et les objectifs sociaux importants. L'examen consiste à évaluer les progrès accomplis par les pays à la lumière des principes approuvés par les pays Membres dans le *Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation*.

L'examen a un caractère pluridisciplinaire et est axé sur les aspects suivants : la capacité de gestion de la réforme de la réglementation, la politique de la concurrence et sa mise en œuvre, l'ouverture des marchés, certains secteurs comme les télécommunications et le contexte macroéconomique interne.

Ce rapport a été rédigé par Michael Wise, de la Direction des affaires financières, fiscales et des entreprises de l'OCDE, qui a tiré parti des précieux commentaires de ses collègues de l'OCDE et d'étroites consultations avec un grand nombre de fonctionnaires, de parlementaires, de représentants des milieux d'affaires et des syndicats, d'associations de défense des consommateurs et d'universitaires de la France. Le rapport a été examiné par les 30 pays Membres de l'OCDE. Il est publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE.

TABLE OF CONTENTS

CHAPITRE 3 : LE RÔLE DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE DANS LA RÉFORME RÉGLEMENTAIRE.....	5
Fondements de la politique de la concurrence	6
Questions substantielles : contenu de la loi sur la concurrence.....	10
Accords horizontaux.....	12
Accords verticaux	14
Abus de position dominante	16
Fusions.....	18
Aides d'État, marchés publics	21
Concurrence déloyale	21
Protection des consommateurs	23
Questions institutionnelles : structures et pratiques d'application	24
Institutions de la politique de la concurrence	24
Application de la loi sur la concurrence	25
Autres méthodes d'application de la loi	28
Questions de commerce international dans la politique de la concurrence et son application	28
Ressources, actions et priorités implicites des organes	29
*Le rapport annuel de la DGCCRF pour 2000 ne comporte pas de chiffres pour les activités et celui de 2002 présente les chiffres différemment.	31
* dont 174. 4 millions € représentent des sanctions imposées dans l'affaire du crédit immobilier	31
Limites de la politique de la concurrence : exemptions et régimes réglementaires spéciaux	31
Exemptions générales ou traitements spéciaux	31
Exclusions, règles et exemptions sectorielles.....	33
Sensibilisation à la concurrence dans la réforme réglementaire	44
Conclusions et mesures envisageables	47
BIBLIOGRAPHIE.....	57
1. Contrairement à la vision développée par le rapport, la régulation concurrentielle joue un rôle moteur dans le développement de notre économie	59
2. Certaines appréciations du projet de rapport concernant la place et le rôle de la DGCCRF méritent d'être redressées :.....	60
1. La réforme réglementaire est en marche en France, ce mouvement est irréversible et le droit de la concurrence y contribue fortement.....	62
2. Sur le secteur public en France.....	63
3. Sur les contraintes qui pèsent sur le Conseil et la légitimité de son action.	64

CHAPITRE 3 : LE RÔLE DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE DANS LA RÉFORME RÉGLEMENTAIRE¹

Encadré 1. RÉSUMÉ DU CHAPITRE

Les notions de concurrence font, en France, l'objet d'un large débat. La politique de la concurrence a des réalisations solides à son actif qui attestent d'une volonté de réforme. Mais elle continue de présenter des objectifs contradictoires et une dualité de structures institutionnelles qui peut être source de difficultés. La concurrence est introduite délibérément dans des secteurs traditionnellement monopolistiques. Les risques de distorsion par des subventions croisées sont bien compris en principe. Des décisions du Conseil de la concurrence et des autorités sectorielles de régulation ont essayé de soutenir une neutralité concurrentielle, dans la mesure où cela est possible en l'absence de séparation structurelle. Les développements intervenus au niveau européen sont à l'origine de ces changements, et les autorités réglementaires françaises reconnaissent que les marchés concernés sont désormais à l'échelle d'un continent. La France n'a pas choisi la solution de la séparation structurelle complète entre monopoles publics et entreprises concurrentielles pour éliminer l'incitation et la capacité à fausser la concurrence par des subventions croisées. Elle préfère exercer des contrôles de type comportemental, à travers l'application des clauses d'abus de position dominante de la loi sur la concurrence. Dans la distribution de gros et de détail, en particulier, la coexistence de plusieurs conceptions rivales de la concurrence transparaît. Des règles relatives à la discrimination, à la concurrence déloyale et à la fixation des prix, ne sont pas inconnues dans d'autres pays mais elles n'existent généralement pas là où la politique de la concurrence est définie de façon cohérente et efficace. En France, les entreprises ont appris comment opérer dans le cadre de cette structure incitative et développent des stratégies marketing en conséquence, depuis les petits commerces jusqu'aux grandes surfaces. Mais le coût du respect de ces contraintes complexes, dont certaines sont considérées comme des éléments du droit de la concurrence, peut tendre à protéger les entreprises en place contre la concurrence.

La structure des organes chargés de la politique de la concurrence reflète ces complexités. Les principes de droit suivent les normes européennes communes, et les modalités d'application sont bien adaptées à la nouvelle approche de la Commission européenne, à savoir une application décentralisée et a posteriori du droit par les institutions nationales. Le Conseil de la concurrence a servi de modèle en matière d'autorité indépendante en France et il entretient de bonnes relations avec les autres autorités sectorielles indépendantes. La Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie est l'autre autorité mettant en œuvre la politique de la concurrence, avec des effectifs importants en partie dus à ses missions de contrôle. La coexistence de deux autorités d'exécution pourrait créer des synergies mais elle comporte aussi le risque de frictions. Certains aspects du dispositif sont problématiques, notamment le fait que le Conseil, qui est l'organe de décision en matière de sanction, dispose de peu de marge pour gérer sa charge de travail, avec par conséquent des retards dans l'énoncé des décisions finales. Par ailleurs, le processus de décision en matière de fusions semble laisser beaucoup à l'appréciation du Ministre. En revanche, certains autres aspects sont prometteurs, notamment la possibilité de former un recours contre les décisions des autorités de régulation indépendantes et des autorités de la concurrence devant la même juridiction ordinaire, la Cour d'appel.

ENCADRÉ 2. RÔLE DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE DANS LA RÉFORME RÉGLEMENTAIRE

Outre la question générale liminaire de savoir si la politique réglementaire est **compatible** avec la conception et la finalité de la politique de la concurrence, la politique de la concurrence et la réglementation peuvent interagir de quatre manières :

La réglementation peut **entrer en contradiction** avec la politique de la concurrence. Certaines réglementations peuvent avoir encouragé, voire même imposé, des pratiques ou conditions qui constitueraient autrement des violations du droit de la concurrence. Par exemple, certaines réglementations peuvent avoir permis une coordination des prix, empêché la publicité ou d'autres modes de concurrence, ou imposé une division territoriale du marché. On peut également citer l'exemple des lois interdisant la vente au-dessous du coût de revient, qui prétendent promouvoir la concurrence, mais sont souvent interprétées de manière anticoncurrentielle, ou encore celui de la très vaste catégorie des réglementations qui restreignent la concurrence plus qu'il n'est nécessaire pour atteindre les objectifs réglementaires. Lorsque ces réglementations sont modifiées ou abrogées, les entreprises concernées doivent changer leurs habitudes et prévisions.

La réglementation peut **remplacer** la politique de la concurrence. Dans le cas, en particulier, où une situation de monopole est apparue inévitable, la réglementation peut essayer de contrôler directement le pouvoir de marché, en fixant les prix et en contrôlant l'entrée et l'accès. Le changement technologique et d'autres évolutions institutionnelles peuvent conduire à reconsidérer le postulat de base qui était sous-jacent à la réglementation, à savoir que la politique et les institutions de concurrence seraient incapables à empêcher des situations de monopole et l'exercice d'un pouvoir de marché.

La réglementation peut **reproduire** la politique de la concurrence. Les autorités réglementaires peuvent avoir essayé d'empêcher la coordination ou les abus dans une industrie, exactement comme le fait la politique de la concurrence. Par exemple, certaines réglementations peuvent fixer des normes de concurrence loyale ou des règles de passation des marchés pour garantir des procédures d'appel d'offres concurrentielles. Néanmoins, différentes autorités réglementaires peuvent appliquer des normes divergentes, et des changements intervenant au sein d'institutions réglementaires peuvent révéler que des politiques apparemment similaires ont en réalité conduit à des résultats différents.

La réglementation peut **utiliser** les méthodes de la politique de la concurrence. Certains instruments visant à atteindre des objectifs réglementaires peuvent être conçus pour tirer avantage des incitations du marché et de la dynamique concurrentielle. Une coordination peut être nécessaire pour garantir que ces instruments fonctionnent comme prévu dans le contexte des exigences du droit de la concurrence.

Fondements de la politique de la concurrence

L'émergence en France d'institutions de politique de concurrence plus affirmées, au cours des vingt dernières années, change les termes du débat. Alors que la valeur de l'intervention de l'État dans l'économie est largement présumée, les mérites de la concurrence sur un marché libre et décentralisé ont pu être mis en doute. De vigoureuses initiatives en matière de politique de concurrence au niveau européen ont stimulé le changement dans le cadre français. La restructuration opérée dans les secteurs monopolistiques a un impact sur la structure légale, l'amenant à adhérer aux principes du marché, alors que dans le passé elle tendait à conforter l'intervention de l'État. Les réformes libérales entreprises par tous les gouvernements conduisent à modifier de manière irréversible l'approche traditionnelle française.

L'intervention de l'État était dans le passé une composante importante de la politique économique de la France. Depuis les mesures de contrôle des prix adoptées pour lutter contre les dépressions économiques jusqu'à la *planification* indicative de l'après-guerre, les politiques passées ont reposé sur le principe de l'intervention centralisée et ont impliqué une coordination au niveau de l'ensemble de l'industrie. La participation directe de l'État à l'économie demeure forte, en dépit des deux programmes de

privatisation qui ont largement remis en question les nationalisations du début des années 1980, voire certaines de l'après guerre. L'État demeure propriétaire de la plupart des grandes entreprises d'infrastructure (EDF, GDF, *La Poste*, SNCF, RATP), et des entreprises qui fabriquent des produits pour la défense (GIAT) et des moteurs d'avion (SNECMA). L'État détient encore des participations de contrôle dans des sociétés cotées en bourse comme Air France, France Télécom, Renault et Thales.² Néanmoins, la concurrence sur le marché est libre et vigoureuse dans la plupart des secteurs. L'idée politique et culturelle d'un contrôle central, pour préserver la solidarité nationale revêt sans doute une importance plus symbolique que réelle sur le marché car le champ de l'intervention est limité par les impératifs commerciaux et la législation de l'Union européenne, et les entreprises ont appris, au fil des dernières décennies, comment se livrer concurrence au sein d'un cadre réglementaire rénové.

Le cadre du droit de la concurrence remonte à la Révolution, époque à laquelle ont été posés les fondements de la loi qui a contrôlé les ententes jusqu'en 1986. Le tout premier effort en ce sens fait écho au célèbre aphorisme du contemporain Adam Smith sur la propension à la collusion : la *loi Le Chapelier* de 1791 interdisait aux membres de la même corporation de se regrouper pour régler leurs "intérêts communs." En 1810, le Code pénal a interdit les coalitions pour manipuler les prix " au-dessus ou au-dessous de ce qu'aurait déterminés la concurrence libre et naturelle." Cette disposition, l'article 419, est restée inscrite dans le code pendant 176 ans. L'interdiction est tombée en désuétude au cours de la seconde partie du 19^{ème} siècle, époque à laquelle les tribunaux français, comme ceux du reste de l'Europe, opéraient une distinction entre les bonnes et les mauvaises ententes, jugeant qu'un petit nombre seulement de ces dernières méritaient une sanction. La loi a été modifiée en 1926 pour prendre en compte les interprétations judiciaires qui avaient affaibli l'interdiction posée par l'article 419. Bien que la délégation française ait présenté un plan de contrôle des ententes à la Conférence économique mondiale l'année suivante, la France n'a pas adopté de loi sur la concurrence à cette époque, alors que d'autres pays le faisaient. Dans les années 1930, la mode étant passée à des conceptions corporatistes, les ententes ont été acceptées comme un moyen de parvenir à la stabilité et d'améliorer la compétitivité. Le gouvernement les a même imposées dans certaines industries.

Au cours de cette longue période, la loi sur la concurrence déloyale a mobilisé beaucoup de l'attention qui aurait pu être consacrée à la mise en place d'une loi sur les restrictions à la libre concurrence. Les tribunaux ont élaboré des doctrines de droit privé fondées sur une disposition brève, simple et générale du Code civil français en vertu de laquelle le dommage causé à autrui doit être réparé. Les règles sur la concurrence loyale ont trouvé appui tant dans une perspective libérale favorisant l'opportunité économique de pouvoir se faire concurrence que sur le lien traditionnel entre un traitement loyal des concurrents et la cohésion de la collectivité.

Dans l'après-guerre, des règles sur la concurrence sont apparues sous la forme de modifications des lois concernant le contrôle des prix et du Code pénal napoléonien. Une ordonnance de 1945 a rendu illégaux les refus de vente, la discrimination en matière de prix et certaines autres pratiques. Ceci a été fait en considérant que ces pratiques étaient similaires ou assimilables à des pratiques de prix illicites, les règles étant appliquées par les services responsables du contrôle des prix. Le parlement a essayé d'adopter une loi générale sur la concurrence en 1953, mais n'a pu s'entendre sur un texte. A la place d'une loi, le gouvernement a adopté un décret pour l'application de l'Ordonnance de 1945, qui ressemble beaucoup aux lois modernes sur la concurrence, préfigurant les dispositions et même la phraséologie des lois actuelles.³ Ce décret s'appliquait uniquement aux pratiques concertées, et non aux pratiques d'une entreprise isolée, et il était encore limité aux effets sur les prix. Une exemption en faveur des pratiques conformes à d'autres dispositions légales ou réglementaires préservait les contrôles et ententes officiellement approuvées, et les critères d'exemption étaient larges. Ainsi, les autorités administratives avaient le pouvoir discrétionnaire de donner ou non leur approbation, en fonction des objectifs poursuivis.⁴ Le système a été étendu en 1963 afin de couvrir l'abus de position dominante, bien que ce pouvoir n'ait pas été exercé avant la fin des années 1970, et le lien avec les effets sur les prix n'a été supprimé qu'en 1967. Il n'en demeure pas moins que la

gestion administrative de l'économie prévalait à l'époque sur ces outils encore modestes de la politique de la concurrence.

Les précurseurs des institutions d'aujourd'hui ont appliqué ces règles de concurrence de l'après-guerre. Le ministre de l'Économie et des Finances était l'ultime décideur, et la direction des prix du ministère était le principal administrateur et la principale source d'interprétation de ces règles. Le décret de 1953 a ajouté une nouvelle pierre à l'édifice, la *Commission technique des ententes*. Cet organisme d'expertise externe a été chargé d'enquêter sur des violations alléguées et de conseiller le ministère sur les mesures à prendre. Il semble qu'il se soit agi d'une institution de compromis, le but étant de créer un organe ressemblant à un tribunal extérieur au gouvernement, sans disposer pour autant d'un pouvoir judiciaire d'exécution. Ses procédures et même ses décisions ont été tenues secrètes jusqu'en 1959, date à laquelle ses rapports annuels ont commencé d'être publiés. Jusqu'en 1977, ses effectifs étaient faibles et elle était donc tributaire de la direction générale des prix et des enquêtes économiques.

Un changement fondamental de ce système a commencé à se faire jour à la fin des années 1970. Des chocs économiques externes ont mis en cause l'approche *planificatrice*. Sous la présidence de M. Giscard d'Estaing, et lorsque M. Barre était premier ministre, les contrôles des prix ont été réduits et le cadre du droit de la concurrence renforcé en 1977 et 1978. Les réformes ont inclus l'instauration d'amendes et d'injonctions, l'élargissement de l'horizon de la Commission "technique" rebaptisée *Commission de la concurrence* l'augmentation de ses ressources et, surtout, la mise en place d'un contrôle des fusions. Cependant, les motivations étaient diverses, particulièrement en ce qui concerne le contrôle des fusions. La France pouvait arguer plus plausiblement que le contrôle des fusions au niveau de l'Union européenne était inutile puisqu'elle avait mis en place un système national de contrôle des fusions. En l'occurrence, huit fusions seulement ont donné lieu en huit ans à une enquête, et une seule a été refusée. Mais ces changements marginaux préparaient la voie à une réforme générale.

Au milieu des années 80, au moment où le gouvernement changeait de politique, un consensus s'est fait jour en France pour promouvoir la concurrence et alléger les contrôles. Le ministre de l'Économie et des Finances a nommé une commission d'experts afin d'examiner les possibilités de renforcement du cadre législatif de la concurrence, en prenant pour modèles les législations de l'Allemagne et de l'Union européenne. Le texte qui en a résulté, l'*ordonnance* de 1986 sur la concurrence et la liberté, a abandonné le régime de réglementation des prix, en marquant un changement fondamental.⁵ Pour souligner qu'on privilégiait désormais la concurrence sur le marché plutôt que l'intervention administrative, l'ordonnance s'est efforcée de rendre indépendante la mise en œuvre de la loi sur la concurrence en promouvant la *Commission de la concurrence* au rang de *Conseil de la concurrence* ("*Conseil*"), en dotant ce dernier du pouvoir d'engager des procédures, de prononcer des injonctions et d'infliger des amendes. Ses normes substantielles suivaient les principales dispositions sur la concurrence du traité de Rome. La France était ainsi parmi les premiers pays à réagir à la confiance croissante inspirée par le droit de la concurrence de l'Union européenne, et à la cohérence accrue de ce droit, en renforçant et en adaptant sa propre réglementation. La législation de 1986 revêtait une "importance symbolique majeure" en Europe, reflétant désormais l'attachement de la France à la politique de la concurrence (Gerber 1998). L'harmonisation avec les règles de la politique de la concurrence européenne s'est poursuivie en 1992, lorsque le *Conseil* s'est vu attribuer le pouvoir d'appliquer les articles 85 et 86 du traité de Rome (désormais, articles 81 et 82 du traité).

En 2001, le droit français de la concurrence a été profondément refondu et codifié dans la loi sur les *nouvelles réglementations économiques* (NRE).⁶ Les réformes apportées par cette loi ont amélioré la procédure d'enquête et de décision et ajouté une exigence de notification avant fusion, des sanctions plus sévères et un dispositif de clémence. Un grand nombre de ces mesures suivent des évolutions et exigences procédurales issues du droit et de la mise en œuvre de la législation de l'Union européenne. En revanche, des parties substantielles de cette loi traitent de sujets qui n'ont pas d'équivalent dans le droit de la

concurrence de l'Union européenne, ajoutant des règles reposant sur le concept d'abus de dépendance économique. En 1996, la *loi Galland* avait déjà étendu les pouvoirs du *Conseil* pour couvrir les prix "abusivement" bas.⁷ Le degré d'attention à ces sujets, tant dans le texte de la loi que dans la pratique des autorités chargées de son exécution, particulièrement la *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes* ("DGCCRF")⁸, révèle l'importance centrale de concepts issus de la jurisprudence traditionnelle sur la concurrence déloyale.

Les objectifs de la politique française doivent être inférés de la pratique, car la loi ne comporte aucun énoncé explicite de son objet. Les organes responsables de l'application de la loi indiquent qu'elle cherche à assurer une concurrence à la fois libre et loyale. L'insistance sur ces deux thèmes n'est guère surprenante, à la lumière de la focalisation historique sur la *concurrence déloyale*. En termes d'effets économiques généraux, la politique de la concurrence vise à assurer le bon fonctionnement de l'économie et à promouvoir la croissance, l'emploi et la stabilité des prix. En termes de concepts classiques d'économie du bien-être, elle s'efforce de maximiser le surplus total, d'allouer les ressources aux producteurs de manière optimale et d'empêcher des prix excessifs à la consommation. Mais une réserve révélatrice note que la poursuite de l'efficacité économique au sens de la "théorie classique" n'est pas le seul objectif de la politique de la concurrence. Cette politique cherche plutôt à promouvoir une concurrence "effective" laissant place à d'autres préoccupations qui peuvent ne pas avoir de rapport direct avec la concurrence.

La préoccupation prioritaire a trait aux services publics et à la notion de service public⁹. L'opinion attend beaucoup de la prestation de services à des conditions et à des prix identiques dans tout le pays. Dans la pratique, on redoute que les fonctions de service public ne soient pas assurées sur des marchés concurrentiels ou, du moins, que l'exposition aux incitations et disciplines du marché ne modifie la nature, la qualité et le prix des services publics. Cette soumission à la concurrence pourrait également changer les modes de prestation des services publics, conduisant à une structure de coûts qui pourrait avoir des conséquences particulièrement lourdes pour les travailleurs. La rhétorique à ce sujet est toutefois souvent plus morale que pratique, et reflète un conflit entre les valeurs liées à la concurrence sur le marché, à savoir la liberté d'action et l'efficacité économique, et les valeurs sociales d'égalité, de solidarité sociale et de sécurité incarnées par le service public. La rhétorique éclipse les analyses alternatives en termes de biens publics, d'action collective et de théorie de la régulation des monopoles naturels et des distorsions dues aux subventions croisées. Néanmoins, les secteurs des services publics en France évoluent vers une adaptation au nouvel environnement concurrentiel en Europe. En dépit de préoccupations quant aux effets possibles sur ses traditions de service public, la France met actuellement en place dans ces secteurs les types de restructuration que l'analyse économique préconise —et que les directives de l'Union Européenne exigent— quoique le rythme de mise en œuvre et les voies détournées parfois empruntées, soient adaptés aux sensibilités nationales.

Les réformes motivées par la politique de la concurrence et dont l'instrument est le droit de la concurrence ont obligé à repenser certaines structures fondamentales du droit français. Le changement a été précipité non seulement par la législation de l'Union européenne concernant les aides d'État et les services publics, mais également par des décisions du *Conseil* prises en application de la loi française sur les subventions croisées et autres abus. En principe, l'attachement au service public coexiste avec le droit de la concurrence. Les relations entre les parties privées et l'administration qui ont trait aux fonctions exécutées sous un régime de droit public relèvent de la compétence administrative et donc du *Conseil d'État*. La loi française sur la concurrence s'applique cependant aux activités de production, de distribution et de services exercées par des personnes publiques et en cas de doute, notamment dans le cadre des concessions de service public (Art. L. 410-1 du Code de commerce). En vertu d'un choix stratégique intéressant, effectué au moment de son adoption en 1986, la loi sur la concurrence, en tant qu'instrument de régulation de comportements privés, relève de la compétence des tribunaux judiciaires et du Conseil de la Concurrence. Cela vaut aussi pour les activités commerciales des entreprises publiques, mais pas pour

les opérations de fusion, qui relèvent du Ministre et du *Conseil d'État*. Appliquer les principes du droit de la concurrence conçus pour les comportements des entreprises aux activités placées sous l'autorité publique, comme le *Conseil d'État* le fait depuis 1997, est une innovation (du Marais 2002).

La concurrence s'est manifestée lentement dans les activités de service public, mais elle paraît être raisonnablement vigoureuse sur les marchés de produits. On constate certaines entraves réglementaires pour l'implantation et la stratégie commerciale des surfaces de commerce de détail, qu'il faudrait corriger, mais les entreprises se sont adaptées à ces contraintes et se font apparemment concurrence dans ce cadre, et les consommateurs ont eux aussi appris à y faire face. En revanche, les plaintes sont plus nombreuses à propos des conditions de concurrence dans les services. Les problèmes signalés vont des indications trompeuses ou incomplètes, empêchant les acheteurs de comparer les offres, à des contrats de longue durée empêchant de changer de produit (et décourageant ainsi de nouveaux concurrents en liant les clients potentiels). La sensibilité à la notion de *service public* colore et fausse peut-être les perceptions. Des organisations de consommateurs se plaignent que la libéralisation et la privatisation aient tendance à saper ces *services*. Leurs plaintes sont particulièrement vives dans des secteurs comme le système postal, où peu de choses ont changé, alors qu'elles donnent des notes plus élevées à l'opérateur historique dans le secteur des télécommunications, le plus libéralisé.

La libéralisation augmente le risque que des marchés concurrentiels ne soient faussés sous l'effet de subventions croisées rendues possibles par la protection ou la réglementation de certaines activités. Ce risque nourrit la principale préoccupation que la politique de la concurrence suscite dans les secteurs des services publics en France, où la privatisation et la transformation en activités commerciales sont plus patentes jusqu'à présent que la libéralisation et la concurrence. Ce problème se pose aussi au-delà des frontières de la France. Les anciens monopoles dans les secteurs des télécommunications, de l'électricité, du gaz et des services postaux ont activement investi dans d'autres pays et sur d'autres marchés. L'inquiétude et les réactions soupçonneuses des entreprises étrangères face à ces menaces perçues de concurrence subventionnée ont contraint ces services à s'ouvrir plus rapidement à la concurrence en France. De grandes entreprises françaises d'infrastructure se sont heurtées, dans leurs ambitions d'expansion à l'étranger, à des obstacles qui ne pourraient être levés que si la France ouvrait ses propres marchés. Paradoxalement, c'est l'élan donné par la tradition de soutien des intérêts des champions nationaux qui promeut actuellement la cause de la concurrence.

Questions substantielles : contenu de la loi sur la concurrence

Les grandes lignes de la loi française suivent le modèle et les principes de l'Union européenne à propos des accords restrictifs, des entreprises dominantes et des fusions. Néanmoins, on constate quelques différences notables. En France, les critères d'exemption s'appliquent directement, sans qu'aucune disposition n'exige une notification ou une approbation. Ainsi, la France utilise déjà le même système pour appliquer sa loi que celui qui sera mis en œuvre dans le cadre du système modernisé d'application de l'Union européenne. En France, la mise en balance des avantages économiques pourrait conduire à une exemption de l'interdiction d'abus de position dominante, tandis que dans l'Union européenne cette exemption n'est possible, qu'au titre de l'interdiction des accords restrictifs. En pratique, dans les deux cas, les exemptions ont été rares. La loi française intègre son héritage spécifique, car les dispositions du Code de commerce consacrées aux pratiques anticoncurrentielles et au contrôle des fusions maintiennent également un pouvoir résiduel de contrôle des prix directement, et un titre entier y traite des pratiques de concurrence déloyales.

ENCADRÉ 3. LES OUTILS DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE

Les lois générales sur la concurrence traitent généralement les problèmes de pouvoir de monopole en les subdivisant en trois catégories : relations et accords entre entreprises par ailleurs indépendantes, actions d'une entreprise isolée et regroupements structurels d'entreprises indépendantes. La première catégorie, celle des **accords**, est souvent subdivisée pour des raisons analytiques en deux groupes : les accords "horizontaux" entre entreprises ayant les mêmes activités, et les accords "verticaux" entre entreprises se trouvant à des stades de production ou de distribution différents. La seconde catégorie est dénommée "**monopolisation**" dans certaines lois, et "**abus de position dominante**" dans d'autres ; les systèmes juridiques qui utilisent des qualifications différentes ont élaboré des approches quelque peu différentes du problème du pouvoir économique détenu par une seule entreprise. La troisième catégorie, souvent dénommée "**fusions**" ou "**concentrations**," inclut généralement d'autres types de regroupement structurel, notamment les acquisitions d'actions ou d'actifs, les entreprises communes, les participations croisées et les conseils d'administration interdépendants.

Les **accords** peuvent permettre à un groupe d'entreprises agissant de concert de réunir certains des attributs d'un monopole, d'augmenter les prix, de limiter la production et d'empêcher l'entrée sur le marché ou l'innovation. Les accords **horizontaux** les plus gênants sont ceux qui empêchent la rivalité en termes de dynamique fondamentale de la concurrence sur le marché, de prix et de production. La plupart des lois contemporaines sur la concurrence traitent très sévèrement les accords flagrants visant à fixer les prix, limiter la production, truquer les appels d'offres ou se partager le marché. Pour appliquer ces accords, les concurrents peuvent également s'entendre sur des tactiques visant à empêcher la concurrence ou à sanctionner les entreprises qui ne s'alignent pas ; les lois essaient donc d'empêcher et de punir les boycotts. La coopération horizontale sur d'autres aspects, notamment les normes de produits, la recherche et la qualité, peut également affecter la concurrence, mais la question de savoir si l'effet est positif ou négatif peut dépendre des conditions du marché. Ainsi, la plupart des lois traitent de ces autres types d'accords en évaluant une gamme assez large d'effets bénéfiques ou dommageables, ou en essayant de concevoir des règles plus détaillées pour identifier et exempter les pratiques bénéfiques.

Les **accords verticaux** tentent de contrôler certains aspects de l'offre et de la distribution. Les motifs de préoccupation sont les mêmes —la crainte que les accords ne puissent conduire à une hausse des prix, à une baisse de la quantité (ou de la qualité), ou à des entraves empêchant l'entrée sur le marché et l'innovation. Étant donné que les effets concurrentiels des accords verticaux peuvent être plus complexes que ceux des accords horizontaux, le traitement légal des différents types d'accords verticaux varie encore plus que pour les accords horizontaux. Les accords de prix imposés constituent l'exemple type de cette catégorie d'accords : les accords verticaux peuvent contrôler les prix minimums ou maximums. Dans certaines configurations, le résultat peut être de freiner les abus sur le marché commis par les distributeurs. Dans d'autres, il peut être de dupliquer ou de renforcer une entente horizontale. Les accords concédant des droits ou zones de distribution exclusive peuvent encourager l'intensification de l'effort de vente des produits du fournisseur, comme ils peuvent protéger les distributeurs contre la concurrence ou empêcher l'entrée d'autres fournisseurs sur le marché. En fonction des circonstances, les accords de subordination de vente, notamment ceux qui imposent aux distributeurs de vendre une gamme complète ou de lier la vente de plusieurs produits, peuvent soit faciliter soit décourager l'introduction de nouveaux produits. Le franchisage implique souvent un dispositif complexe d'accords verticaux ayant un impact potentiel sur la concurrence : un contrat de franchise peut contenir des dispositions sur la concurrence dans certaines zones géographiques, sur la distribution exclusive de certains produits et sur des droits de propriété intellectuelle comme des marques.

L'abus de position dominante ou la **monopolisation** sont des catégories qui s'intéressent principalement à la conduite et à la situation d'entreprises individuelles. Un véritable monopole, qui n'est exposé à aucune concurrence ni menace de concurrence, facturera des prix plus élevés et produira des quantités plus faibles ou des produits de qualité inférieure ; il peut également être moins susceptible d'introduire des méthodes plus efficaces ou des produits innovants. Les lois contre la monopolisation visent traditionnellement à combattre les tactiques d'exclusion auxquelles les entreprises peuvent recourir pour tenter d'obtenir ou de protéger des positions de monopole. Les lois contre les abus de position dominante traitent les mêmes questions, et peuvent également s'attaquer à l'exercice effectif du pouvoir de marché. A titre d'exemple, dans certains systèmes sanctionnant les abus de position dominante, le fait de facturer des prix déraisonnablement élevés peut constituer une violation de la loi.

Le contrôle des fusions vise à empêcher la création, par des acquisitions ou autres regroupements structurels, d'entreprises qui auront l'incitation et la capacité requises pour exercer un pouvoir de marché. Dans certains cas, le critère de légalité dérive des lois sur la position dominante ou les restrictions à la libre concurrence ; dans d'autres, un critère spécifique est énoncé, en termes d'effet probable sur la concurrence en général. Le processus analytique habituellement appliqué exige de caractériser les produits qui se font concurrence, les entreprises qui peuvent offrir cette concurrence, et les parts de marché et l'importance stratégique respectives de ces entreprises sur les marchés de produits concernés. L'un des facteurs importants est la probabilité d'accès de nouveaux entrants sur le marché et l'existence de barrières effectives opposées à ces nouveaux entrants. La plupart des systèmes appliquent un critère lié à la part de marché, sous une forme ou une autre, soit dans l'optique d'une enquête plus approfondie, soit à titre de présomption de légalité. Les fusions qui sont réalisées sur des marchés anormalement concentrés, ou celles qui créent des entreprises détenant des parts de marché anormalement élevées, sont jugées plus susceptibles d'affecter la concurrence. Et la plupart des systèmes comportent des procédures de notification préalable des opérations les plus importantes, ainsi que des procédures spéciales d'enquête accélérée, de manière à identifier et résoudre les problèmes avant que la restructuration ne soit effectivement entreprise.

Accords horizontaux

Les accords qui ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence sont prohibés (art. L. 420-1). Cette interdiction générale ne distingue pas entre les accords horizontaux et verticaux, et elle ne vaut pas en elle-même illégalité. En pratique, la justification économique d'une lutte énergique contre les ententes horizontales est largement reconnue : si elles sont couronnées de succès, ces ententes ont les mêmes effets qu'un monopole, à savoir augmenter les prix, réduire la production et détourner des richesses au détriment des consommateurs. La loi comble des lacunes potentielles en prohibant les accords tacites ou exprès et en prohibant les accords conclus indirectement par le biais d'intermédiaires (y compris ceux implantés hors de France), ainsi que les accords conclus directement entre les parties. La loi énonce quatre caractéristiques des ententes prohibées : limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ; répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. Une pratique régie par d'autres dispositions du code peut également être considérée comme une violation de cette interdiction si elle implique un accord. Les sanctions peuvent être lourdes. Les entreprises peuvent encourir une forte amende administrative (pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires), et les personnes physiques sont passibles de poursuites et de sanctions pénales¹⁰.

La loi n'interdit pas les accords (ou autres pratiques) qui ont pour effet d'assurer un "progrès économique," à condition qu'ils réservent aux utilisateurs une part équitable du profit qui en résulte et que la concurrence ne soit pas éliminée sur une partie substantielle du marché. Une modification adoptée en 2001 a précisé que le "progrès économique" peut inclure la création ou le maintien d'emplois (art. L. 420-4). Il ne s'agit pas de critères d'exemption ; ces dispositions définissent plutôt le champ de l'interdiction elle-même. Il incombe toutefois aux parties en cas de contestation, de démontrer que ces critères sont remplis. Le *Conseil* interprète les critères de manière restrictive, exigeant que le progrès bénéficie à toute l'économie, et non pas seulement aux parties à l'accord restrictif, et que les profits soient directement liés à l'accord restrictif. Il n'est pas nécessaire que ces profits bénéficient directement aux consommateurs. A l'inverse, cependant, les profits d'un accord restrictif ne sont pas établis au seul motif que les intérêts des consommateurs ont été pris en compte dans sa négociation. Ainsi, le *Conseil* a écarté un accord conclu à l'échelle du secteur bancaire, que des banques avaient négocié avec des organisations de consommateurs.

Les pratiques concertées classiques, spécialement les soumissions concertées, constituent des cibles fréquentes. Des accords restrictifs prônés par des instances d'autorégulation ont fait l'objet d'un examen attentif. Par exemple, l'opposition de l'association des pharmaciens au service de livraison à domicile n'a pas été considérée comme la prérogative d'un organisme public, mais comme un accord prohibé visant à empêcher la concurrence. Plusieurs dispositifs visant à faciliter la coordination

oligopolistique ont également donné lieu à contentieux. L'affaire la plus spectaculaire d'accord horizontal observée à ce jour impliquait un accord de répartition de la clientèle entre établissements de crédit immobilier. Par l'ampleur de l'enquête, l'importance du secteur et des parties concernées, et le montant sans précédent des amendes —€171M (FF1.14 milliard)—la décision rendue par le *Conseil* en 2000 marque la maturité de l'action des autorités françaises chargées de l'application du droit de la concurrence. Il est à noter que cette affaire s'inscrivait dans un secteur réglementé, et que les banques ont tenté en vain d'obtenir la bénédiction des autorités réglementaires. Cette expérience illustre la manière dont des restrictions illégales à la concurrence peuvent naître d'habitudes du secteur concerné qui ont été encouragées par la tolérance réglementaire ; elle montre également l'étendue du dommage qu'elles peuvent causer et la difficulté de la preuve.

ENCADRÉ 4. L'AFFAIRE DU "PACTE DE NON-AGRESSION" DES BANQUES

Il a été constaté que des banques s'étaient interdites de renégocier des prêts immobiliers, excepté pour leurs propres clients. Les événements remontaient à environ 1993. Le *Conseil* a ouvert une enquête de sa propre initiative, sur la base d'articles de presse contenant des insinuations sur cette pratique, et il a rendu sa décision en 2000.

Les banques ont réalisé le risque pour leur rentabilité si elles commençaient à se faire concurrence pour conquérir de nouveaux clients en offrant des taux plus bas et en donnant ainsi aux clients un argument qu'ils pourraient utiliser pour renégocier avec leur prêteur actuel. En vue d'imposer une politique de non-renégociation, les banques se sont tournées vers l'autorité réglementaire pour obtenir des instructions ou une protection, prétendant que l'inévitable spirale à la baisse des taux d'intérêt du marché provoquerait une crise financière. Cependant, la lettre du Gouverneur de la Banque de France (18 juillet 1995) au président de l'association des établissements de crédit, les invitait simplement à exercer une "discipline individuelle" et à appliquer de bonnes pratiques de gestion dans l'octroi de crédits. Autrement dit, elle ne soutenait ni ne ratifiait aucunement une stratégie collective.

Il n'y avait guère de preuves directes de l'existence d'un accord national entre les banques. Il n'existait aucune preuve de réunions ni aucun engagement écrit constatant un accord, au moins à ce niveau. Mais il y avait des preuves abondantes au niveau local quant à un engagement de principe de ne pas entamer des négociations de refinancement avec de nouveaux clients et d'instituer une surveillance systématique pour détecter les tricheries. Des allusions avaient été faites à l'existence d'un accord national et à des instructions de ne pas solliciter certains clients. Les banques ont appliqué une politique de refus de négociation avec certains clients sans prévoir aucune exception pour les clients dont les opérations seraient de grande qualité, condition que le Conseil a jugée absurde à moins qu'elle ne fasse partie d'un accord général concerté. Il existait des preuves d'invocation d'un "pacte de non-agression" pour justifier le refus de renégociation. Par ailleurs, un système de surveillance avait été mis en place pour garantir que personne ne romprait les rangs en offrant de meilleures conditions à des clients tiers. La preuve de l'accord ne pouvait pas reposer sur la production d'un seul document ou échange de communications. Il fallait rassembler tout un faisceau de preuves indirectes. Pour prouver l'existence d'un accord national, et identifier les banques qui y participaient, le *Conseil* a dû réunir et passer au crible toutes ces preuves locales particulières.

Estimer à quel point la restriction affectait la concurrence était une tâche nouvelle, en partie parce que le *Conseil* n'avait encore jamais agi dans ce secteur. Du fait que les taux d'intérêt baissaient et que les banques renégociaient avec leurs clients actuels, il était difficile d'isoler l'effet de l'engagement de ne pas négocier avec de nouveaux clients. Cet effet a été grossièrement estimé en examinant le montant total de l'encours de crédit des établissements participant à l'accord (environ FF400 milliards) et en le comparant au montant qui avait été renégocié (environ un dixième) et aux variations des taux d'intérêt sur la période concernée. Néanmoins, il était impossible de dire si, en l'absence de l'accord, tous les prêts "éligibles" auraient été refinancés à des taux plus bas.

Pour calculer l'amende, le *Conseil* a dû identifier un indicateur des opérations du secteur bancaire correspondant au chiffre d'affaires. Il a décidé d'utiliser le ratio que la réglementation de l'Union européenne sur les fusions emploie pour déterminer si une fusion opérée dans le secteur bancaire est assez importante pour devoir être notifiée (*produit brut bancaire*).

De fréquentes accusations de soumissions concertées à des marchés publics suggèrent que la menace de sanctions pécuniaires n'empêche pas les violations répétées. A compter de 2002, les amendes administratives ont augmenté. Mais, une menace crédible de sanctions pénales contre des personnes physiques pourrait être encore plus efficace. Les personnes physiques peuvent être poursuivies et sont passibles d'une peine d'emprisonnement de 4 ans et d'une amende de €75 000 si elles prennent frauduleusement une part personnelle déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre d'une pratique prohibée. Toutefois, les poursuites pénales ont été peu nombreuses, voire inexistantes, dans des affaires d'ententes. Les obstacles techniques liés aux délais légaux de prescription ont été corrigés en 2001, et les réformes introduites pourraient faciliter les poursuites contre les ententes. Les enquêtes sur les ententes sont difficiles et prennent du temps. Les réformes réduisent quelque peu le risque d'abandon des poursuites car l'affaire serait trop ancienne¹¹.

Accords verticaux

Les mêmes dispositions légales s'appliquent aux accords verticaux. (En outre, certaines relations et pratiques verticales, notamment les prix minimums imposés, sont soumises à une réglementation spécifique dans le cadre de la loi qui traite des pratiques déloyales). Les accords entre parties à différents stades du circuit de distribution ont souvent pour but et pour effet de soutenir la concurrence plutôt que de l'entraver. Dès lors, le *Conseil* adopte une attitude plus tolérante à l'égard des restrictions verticales, telle la distribution sélective ou exclusive ou la franchise, et se préoccupe principalement de l'étendue de la fermeture du marché et des effets cumulatifs. Si la concurrence persiste (et en l'absence de pratiques clairement prohibées, notamment des prix imposés), le *Conseil* peut considérer qu'il n'y a pas restriction à la concurrence. Dans un cas similaire, la Commission européenne pourrait estimer qu'une exemption est justifiée. La qualification juridique diffère, mais les résultats sont à peu près les mêmes. Le *Conseil* s'est référé à la réglementation révisée de l'Union européenne sur les restrictions verticales, même pour les pratiques qui ne sont pas soumises à la législation de l'Union européenne parce que le critère de compétence prévu par le traité n'est pas rempli. Le parlement a récemment autorisé une procédure accélérée pour les petites affaires, qui s'appliquera probablement principalement aux contentieux concernant les restrictions verticales.

Les décisions du *Conseil* reconnaissent les réalités et l'efficacité des réseaux modernes de distribution. Même en ce qui concerne les prix de revente, le *Conseil* a évité une approche doctrinaire. Il a jugé que des prix recommandés ou maximums ne violaient pas la loi à moins qu'ils n'équivassent à des contrôles visant à garantir le maintien d'un prix minimum. Un fournisseur peut même être autorisé à protéger l'image de sa marque en décourageant des remises promotionnelles. Mais suivant les mêmes principes que ceux de la réglementation communautaire sur les restrictions verticales, une politique anti-remises ou un programme promotionnel équivalant à des prix de revente imposés seront interdits. Un réseau d'approvisionnement occupant une position dominante sur le marché pourra être autorisé à fixer certaines conditions pour normaliser les transactions, mais pas pour exiger l'exclusivité ou fixer des prix communs. Un fournisseur détenant une faible part de marché est susceptible de se voir accorder une latitude beaucoup plus importante dans ses méthodes de choix des distributeurs. Des mesures systématiques et non discriminatoires visant à protéger l'intégrité de la marque sont généralement acceptables pour autant qu'elles ne barrent pas l'entrée du marché ou n'empêchent pas la concurrence sur les prix.

L'évolution des règles met en lumière les différences de point de vue entre le *Conseil* et la DGCCRF. Elles sont illustrées par une récente décision du *Conseil*, qui a approuvé plusieurs aspects du système de distribution Benetton contestés par des revendeurs opérant sous contrat avec le fournisseur. La DGCCRF a soutenu les plaintes des revendeurs et formé un recours contre une partie de la décision du *Conseil* faisant valoir que les faits (pré étiquetage) justifiaient un traitement *per se*. Le *Conseil* se préoccupe principalement des effets de la concurrence sur le marché, et n'est donc pas susceptible

d'intervenir en l'absence de pouvoir de marché. Par exemple, le *Conseil* a rejeté un grief dans l'affaire *Benetton* au motif que la part de marché totale de la marque était trop faible pour que la pratique en question ait affecté la concurrence.

ENCADRÉ 5. LES OUTILS DU DROIT DE LA CONCURRENCE DE L'UNION EUROPÉENNE

La loi française suit étroitement les éléments fondamentaux du droit de la concurrence élaborés par le traité de Rome (désormais le traité d'Amsterdam) :

Accords : L'article 81 (anciennement article 85) prohibe les accords qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Le terme "accord" est interprété de manière large, de telle sorte que l'interdiction s'étend aux pratiques concertées et autres arrangements qui ne revêtent pas la forme de contrats formels juridiquement exécutoires. Certains accords prohibés sont identifiés de manière explicite ; fixation directe ou indirecte des prix ou conditions de transaction, limitation ou contrôle de la production, des débouchés, des investissements ou du développement technique ; répartition des marchés ou des sources d'approvisionnement, discrimination qui inflige aux partenaires commerciaux un désavantage dans la concurrence, et subordination de la conclusion de contrats à des conditions n'ayant pas de lien avec l'objet de ces contrats. La jurisprudence a encore clarifié le champ d'application de l'article 81. Les achats groupés ont été autorisés (dans certaines conditions de marché) en raison des efficacités en résultant, tandis que les ventes groupées ont généralement été interdites au motif qu'elles équivalent à une entente. Toutes les formes d'accords visant à la répartition des marchés et à un contrôle des prix, notamment les accords de mise en commun de bénéfices et de marge, ainsi que les règles privées de « loyauté dans le commerce », sont rejetées. L'échange d'informations sur les prix n'est autorisé qu'après qu'un certain temps s'est écoulé et uniquement s'il ne permet pas l'identification d'entreprises particulières. Les dispositifs d'exclusion, telles les ententes sur des rabais globaux, sont interdits, y compris s'ils ménagent une certaine tolérance pour des opérations avec des tiers.

Exemptions : Un accord qui serait autrement prohibé peut néanmoins être autorisé s'il améliore la production ou la distribution ou favorise le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs, et sans donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. Des exemptions peuvent être accordées en réponse à des demandes au cas par cas. En outre, certaines exemptions peuvent être octroyées à des "catégories d'accords", en vertu de réglementations qui spécifient les conditions ou critères des accords autorisés, y compris les clauses qui peuvent ou non figurer dans ces accords (les "listes blanches" et les "listes noires"). Tout accord qui satisfait à ces conditions est exempté, sans qu'il soit besoin d'en faire la demande. Certaines des exemptions les plus importantes s'appliquent à certains types de relations verticales, notamment la distribution exclusive, les achats exclusifs et le franchisage.

Abus de position dominante : L'article 82 (anciennement article 86) prohibe l'abus de position dominante et énumère certaines pratiques constitutives d'un tel abus : imposer des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables (de façon directe ou indirecte) ; limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ; pratiquer une discrimination infligeant à des partenaires commerciaux un désavantage dans la concurrence ; subordonner la conclusion de contrats à des conditions sans lien avec l'objet de ces contrats. En présence d'une position dominante, de nombreux types de pratiques désavantageant d'autres parties sur le marché pourraient être considérés comme abusifs. L'existence d'une position dominante est souvent présumée en cas de part de marché supérieure à 50 pour cent, et peut être reconnue à des niveaux plus faibles en fonction d'autres facteurs. L'interdiction peut s'étendre aux pratiques abusives commises par plusieurs entreprises agissant de concert, quand bien même aucun d'elles ne détiendrait-elle, à elle seule, une part de marché aussi élevée.

Réformes de l'administration : De récentes réformes de la politique de la concurrence de l'Union européenne ont réduit le champ de l'interdiction des accords verticaux et éliminé la procédure de demande d'exemption de certains accords. Désormais, les critères d'exemption s'appliqueront directement dans les décisions appliquant la loi, et ces décisions relèveront de plus en plus de la responsabilité des autorités nationales de concurrence.

Abus de position dominante

Outre la règle générale prohibant les abus de position dominante, les pratiques abusives en matière de prix sont également traitées séparément. L'exploitation abusive d'une position dominante, sur le marché français ou une partie substantielle de celui-ci, est prohibée (art. L. 420-2). La loi donne une énumération non exhaustive d'abus : refus de vente, ventes liées, conditions de vente discriminatoires et imposition de conditions commerciales injustifiées. La liste n'inclut pas les prix excessivement élevés ou les prix prédateurs abusivement bas, mais chacune de ces pratiques serait probablement considérée comme abusive, conformément à l'interprétation qui est faite de lois similaires dans d'autres pays. Une autre disposition de la loi sur la concurrence (art. L. 410-2) réserve le pouvoir de réglementer par décret les prix de monopole, après consultation du *Conseil*, mais sans qu'il soit besoin de passer par la procédure réglementaire classique. Les prix prédateurs font l'objet d'un article spécifique interdisant les prix qui sont « abusivement » bas par rapport au coût de production, de transformation et de commercialisation et qui ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer une entreprise ou un produit du marché ou d'empêcher l'entrée. Une position dominante n'est pas explicitement un élément de cette violation, et il n'est pas nécessaire de démontrer que le prédateur récupérera ses pertes par une politique future de prix de monopole (art. L. 420-5). Les sanctions applicables à la violation de l'interdiction de principe sont identiques à celles qui s'appliquent à la violation de l'interdiction des accords restrictifs et comprennent des amendes administratives pouvant atteindre 10 % du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise. Des personnes privées peuvent intenter des actions civiles en nullité et en dommages intérêts. Des sanctions pénales peuvent même être appliquées contre les personnes physiques responsables¹². La loi ne prévoit pas de cessions d'actifs.

Le même article interdit également l'abus de dépendance économique, de la part d'un fournisseur ou d'un client. Les mêmes sanctions s'appliquent. La loi NRE de 2001 a modifié la localisation et la formulation de cette interdiction, l'accolant à la règle sur l'abus de position dominante et ajoutant une réserve exigeant que la pratique en question soit susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence (Art. L. 420-2). En d'autres termes, il ne suffit pas que la pratique porte préjudice à l'entreprise dépendante. Il faut en outre qu'elle ait au moins le potentiel d'affecter plus généralement la concurrence sur le marché. Les règles concernant les pratiques restrictives sont assimilées aux règles concernant les pratiques anticoncurrentielles. Les discriminations par les prix, délais de paiement ou autres conditions de vente ou d'achat discriminatoires énumérées dans les dispositions de la loi consacrées aux pratiques déloyales sont donc toutes considérées comme des abus de dépendance économique au regard de cet article de la loi, si elles ont l'effet requis sur la concurrence sur le marché (art. L. 442-6). La dépendance économique n'est plus définie dans la loi comme une situation dans laquelle le client ou le fournisseur n'a aucune alternative équivalente. Toutefois, la suppression de cette formulation ne signifie pas que l'absence d'alternative ne soit plus le critère pertinent. Mais l'absence d'alternative qui définit la dépendance diffère à l'évidence de l'absence de produits de remplacement qui définit un marché. La dépendance est spécifique à une relation. La question de savoir si une entreprise détient un pouvoir coercitif suffisant pour rendre ses fournisseurs ou clients vulnérables dépend du degré d'importance de l'entreprise pour leur activité. L'existence d'une marque renommée peut suffire. Mais cette règle ne protège pas les fournisseurs ou les clients contre les conséquences de leurs propres choix stratégiques. Une entreprise qui a choisi d'être franchisée ne peut pas se plaindre d'être dépendante de son franchiseur.

La loi française autorise une pratique qui serait autrement considérée comme un abus de position dominante si elle satisfait aux mêmes critères exonérateurs que ceux applicables aux accords restrictifs autrement prohibés : il faut qu'elle garantisse le « progrès économique, » à condition qu'elle réserve aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ici encore, ces critères sont directement applicables, sans qu'il soit aucunement besoin d'obtenir une autorisation préalable (ou d'engager une procédure à cet effet) ; toutefois, c'est à l'entreprise dominante qu'il incombe de rapporter la preuve que ces critères sont satisfaits.

Le *Conseil* définit les marchés par une approche économique multifactorielle *ad hoc*. Le principal critère d'identification des marchés de produits est la substituabilité fonctionnelle. Les réactions des clients sont considérées comme un critère essentiel, mais aucun facteur n'est déterminant. La substituabilité de la demande est cruciale en raison du lien direct entre l'élasticité de la demande à laquelle l'entreprise fait face et son pouvoir de marché. Le *Conseil* peut considérer que des distinctions en termes de goûts et de demande définissent des marchés différents pour le même produit physique, ou que des différences de niveau de coûts ou de prix pour ce qui semble être le même produit peuvent également définir des marchés différents. Les considérations liées à la capacité d'offre ou à l'interchangeabilité de l'offre peuvent sous-tendre des définitions fondées sur des éléments liés à la demande, mais à moins que le marché ne soit autrement un véritable monopole, ces facteurs sont jugés plus pertinents pour l'entrée potentielle. Pour l'identification des marchés géographiques, le rapport coûts de transport/valeur constitue un facteur fondamental. En outre, le *Conseil* prendra en considération des différences de normes ou d'exigences légales, voire des différences de goûts —la demande de produits touristiques est définie par l'origine locale, par exemple. A l'exception de ces contraintes, les tendances croissantes du marché à l'harmonisation européenne, les concentrations d'entreprises et la mondialisation des échanges font qu'il est de plus en plus probable que le *Conseil* juge que les marchés sont de taille européenne, voire mondiale. La description que le *Conseil* fait de son approche implique qu'il est susceptible de donner une définition étroite des produits, mais peut donner une définition large des marchés géographiques.

La domination est définie, comme dans la jurisprudence de l'Union européenne, comme la capacité à opérer indépendamment sans tenir compte du comportement ou des réactions des concurrents. Les conditions du marché et la situation de l'entreprise sont toutes deux pertinentes. La domination peut résulter d'un monopole imputable à un privilège légal, ou d'un pouvoir de marché dû à une part de marché substantielle. D'autres considérations peuvent conduire à la domination, y compris l'appartenance à un groupe de grande dimension, la faiblesse des concurrents, un avantage technologique ou un savoir-faire spécifique. La domination collective a même été reconnue, mais dans des circonstances où l'action collective ressemblait à un accord de partage du marché.¹³

Les différends sur les conditions d'accès de nouveaux concurrents aux réseaux de détenteurs de monopoles historiques illustrent un exemple fréquent d'abus. En France, c'est ce qui s'est produit le plus souvent dans les télécommunications. A plusieurs occasions, le *Conseil* a pris des mesures sanctionnant des stratégies de produits ou de prix de l'opérateur historique, France Télécom, qui menaçaient d'empêcher toute possibilité réaliste de concurrence pour des services comme l'Internet à haut débit ou les appels locaux. Par ailleurs, le *Conseil* a jugé que l'opérateur national de télédiffusion, TDF, s'était rendu coupable de discrimination dans le régime d'accès aux relais et les conditions de maintenance de ceux-ci, afin de contrecarrer la réforme de 1986 qui voulait introduire la concurrence en matière de télédiffusion, et de décourager la prestation de services de maintenance par des tiers. Peu d'affaires ont mis en cause l'accès à d'autres industries de réseau, ce qui peut d'ailleurs s'expliquer par le rythme relativement lent de libéralisation d'autres secteurs.

La volonté d'empêcher des distorsions par d'anciens détenteurs de monopoles entrant sur de nouveaux marchés a pris le pas sur le souci de garantir l'accès de nouveaux concurrents dans le secteur des industries de réseau. Les stratégies de prix ou de produits soutenues par des subventions croisées constituent un abus de domination si elles équivalent à une prédation ou conduisent à une perturbation durable du marché. Le *Conseil* s'est prononcé à plusieurs reprises sur la manière de gérer le risque de subventions croisées, au moment où certains monopoles historiques étaient restructurés pour se conformer aux directives de l'Union européenne. L'application des principes a couvert un large éventail de cas, depuis l'Institut géographique national pour la vente de cartes et guides à des prix inférieurs à ceux des concurrents, jusqu'au système ferroviaire pour conclusion d'un accord exclusif de commercialisation avec une chaîne hôtelière.

Une norme stricte de prédation est difficile à appliquer dans le contexte des subventions croisées. Les conditions dans lesquelles la notion de politique de prix prédatrice peut être appliquée à la diversification des monopoles publics ont été définies dans un avis du *Conseil* de 1996 sur *La Poste*. L'intention prédatrice d'exclure la concurrence est généralement présumée lorsque le prix est inférieur au coût variable moyen, et l'intention doit être prouvée spécifiquement si le prix est inférieur au coût moyen total, mais n'est pas inférieur au coût variable moyen. Une entreprise publique est susceptible d'avoir des coûts plus élevés qu'une entreprise privée, dans la mesure où une entité publique n'est pas soumise aux mêmes exigences de rentabilité, du moins pour ses activités de service public. D'autres aspects de sa structure de coûts peuvent être nécessairement différents. Le statut de son personnel peut accroître ses coûts de main-d'œuvre, tandis que ses sources de financement peuvent réduire le coût effectif de son capital. Ainsi, il faut souvent un examen minutieux et des corrections appropriées pour déterminer si ce qui ressemble à des pertes, par comparaison avec les coûts moyens de ses activités concurrentielles, implique effectivement une intention prédatrice.

Les subventions croisées qui n'équivalent pas à une prédation peuvent néanmoins être condamnables. Le *Conseil* a jugé que la pratique de prix bas par une société liée à une entreprise publique peut être anticoncurrentielle, même si ces prix ne sont pas techniquement prédateurs (c'est-à-dire systématiquement inférieurs au coût variable moyen), dès lors qu'ils ne sont possibles qu'en raison des bénéfices générés par l'activité du monopole public et conduisent à une distorsion durable du marché. Ce scénario s'est vérifié dans les efforts déployés par l'opérateur des jeux de loterie pour obtenir des marchés en faveur de son unité informatique et technologie de l'information. Environ un sixième des soumissions effectuées par cette unité pour obtenir des marchés de maintenance extérieure comportaient des prix inférieurs à ses coûts variables moyens. Cette proportion pourrait être trop faible pour prouver la prédation, mais il a néanmoins été considéré que les subventions étaient anticoncurrentielles. Ces offres à prix bas n'ont été possibles qu'en raison du soutien apporté par les bénéfices de la société mère (et l'avantage commercial tiré de la réputation de la société mère), et l'effet produit sur la capacité des concurrents n'aurait pas pu avoir lieu sans les subventions croisées. Ces principes peuvent avoir une application large dans le cas de monopoles de service public prenant la forme d'une entreprise privée et tentant de se diversifier sur des marchés concurrentiels.

La France n'a pas choisi la solution de la séparation structurelle complète entre monopoles publics et entreprises concurrentielles pour éliminer l'incitation et la capacité à fausser la concurrence par des subventions croisées. Elle préfère exercer des contrôles de type comportemental à l'égard des monopoles infrastructurels historiques. Les entreprises publiques détenant des positions dominantes sur des marchés sont autorisées à entrer sur d'autres marchés concurrentiels, pour autant qu'elles se conforment à la loi sur l'abus de position dominante. Cela conduit à utiliser la loi sur la concurrence comme un instrument de régulation, pour contrôler leurs prix et leurs offres de produits de telle sorte que leurs coûts de financement plus faibles, leur image de marque ou d'autres conséquences de leur rôle et de leur statut de service public ne leur confèrent pas des avantages sur les entreprises privées, dans le cadre de la concurrence commerciale sur le marché.

Fusions

Le critère substantiel du contrôle des fusions est éclectique et donc pragmatique. La loi mentionne plusieurs motifs possibles de préoccupation : réduction substantielle de la concurrence, création ou renforcement d'une position dominante, ou création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique (art. L. 430-6). Plutôt que de choisir entre les diverses conceptions du droit des fusions, qui ont fait l'objet d'un débat au sein de l'Union européenne, la loi française les inclut toutes, au motif que les différents critères traitent les problèmes dans une perspective temporelle différente.

Toutes les théories de l'effet concurrentiel peuvent être pertinentes, qu'il s'agisse des effets horizontaux, verticaux ou multi marchés, des effets de portefeuille en cas de fusion conglomerale, des effets d'échelle ou de la concurrence potentielle. L'oligopole est pris en compte depuis l'*Ordonnance* originelle de 1986. Il n'est pas mentionné abondamment, mais l'application de l'ordonnance à l'oligopole a été développée en pratique. La collusion tacite est considérée comme une domination collective, exigeant un moyen de sanctionner les francs-tireurs et constituant donc un processus dynamique multi périodes. L'existence d'effets unilatéraux sur des marchés de produits différenciés où les produits des entreprises fusionnant sont d'étroits substituts, n'a pas encore été considérée comme justifiant l'interdiction d'une fusion, en l'absence de position dominante.

De nouvelles lignes directrices sur le contrôle des fusions, énonçant des principes et méthodes bien connus, ont été publiées pour consultation en décembre 2002. Elles tiennent compte des décisions de l'Union européenne et des décisions françaises et examinent en détail les méthodes analytiques développées par les autorités américaines. Elles expliquent l'approche multifactorielle de la définition et de l'analyse du marché, se fondant principalement sur la substituabilité de la demande. La substitution de l'offre n'est prise en considération dans la définition du marché que si la reconversion de la production est rapide et probable. Autrement, le potentiel de concurrence de différentes sources d'approvisionnement est considéré comme pertinent pour déterminer les effets, plutôt que pour définir le marché (et, dès lors, mesurer les parts de marché). Une fusion ou acquisition d'une entreprise défaillante pourrait être approuvée, si à défaut l'entreprise cible disparaissait rapidement du marché, l'entreprise absorbante récupérerait de toute façon l'essentiel de l'activité de l'entreprise cible, et il n'y a aucune alternative moins anticoncurrentielle à l'acquisition. Il n'est pas nécessaire que l'entreprise cible soit déjà officiellement en faillite ou proche de l'être. La logique de cette approche tient à ce qu'il pourrait être porté atteinte à la concurrence, au moins autant en cas de faillite de l'entreprise cible qu'en cas de rachat.

Les contributions potentielles au progrès économique pourraient l'emporter sur les effets anti-concurrentiels d'une opération et conduire, ce faisant, à autoriser la fusion. Les décisions peuvent prendre en considération des facteurs tels que des améliorations de la production, des économies de coûts de distribution, de nouveaux produits, des avantages environnementaux et des gains de compétitivité internationale. Sur un plan littéral et conceptuel, il ne s'agit pas exactement d'une dispense fondée sur la notion d'efficacité, mais l'effet est à l'évidence similaire à l'examen des gains d'efficacité. Ces considérations liées à des politiques autres que la politique de la concurrence n'entrent en ligne de compte que si le solde des effets concurrentiels est négatif.

La notification préalable est obligatoire et couvre un large champ d'application en vertu de la procédure instaurée par la loi NRE, qui est entrée en vigueur en mai 2002. Les concepts techniques de base du régime de notification, notamment la définition de l'opération de concentration, suivent la pratique de l'Union européenne. Les notifications et contrôles en droit français ne s'appliquent qu'aux opérations qui ne relèvent pas de la compétence de l'Union européenne. L'obligation de notification d'une fusion dépend uniquement du chiffre d'affaires des parties, depuis que la loi NRE a supprimé le critère de la part de marché. La notification est obligatoire si le chiffre d'affaires mondial cumulé des parties excède €150M et si le chiffre d'affaires individuel réalisé en France par deux parties ou davantage excède €15M. Ces seuils sont comparativement bas dans la zone euro, particulièrement en ce qui concerne le chiffre d'affaires national des parties. Dès lors, la France est susceptible d'examiner et de contrôler un plus grand nombre de petites fusions que ses voisins (Les seuils seront augmentés prochainement). La notification et le délai d'attente ne retardent pas les acquisitions sur le marché libre, puisque le titre de propriété peut être transféré en attendant la décision du Ministre autorisant les parties à réaliser l'acquisition par exercice des droits s'attachant aux actions. L'obligation de notification et d'autorisation préalable est sanctionnée par de lourdes pénalités. La violation de cette obligation expose l'entreprise à une amende pouvant atteindre 5 % du chiffre d'affaires réalisé en France (pourcentage qui peut inclure également le chiffre d'affaires de la partie acquise), et les personnes physiques sont passibles d'une amende pouvant atteindre €1.5M. Le ministre peut ordonner aux parties d'annuler l'opération.

Les décisions sur le contrôle des fusions sont prises par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie. Le ministre peut approuver l'opération, avec ou sans engagements volontaires des parties, l'autoriser sous réserve de mesures destinées à corriger des problèmes de concurrence ou à promouvoir d'autres objectifs économiques ou sociaux afin de compenser la réduction de la concurrence, ou interdire l'opération (ou ordonner des mesures correctives, si l'opération a déjà eu lieu). Toute décision interdisant une fusion ou l'assujettissant à des conditions doit être prise conjointement avec le ministre responsable du secteur concerné. Une opération notifiée est réputée approuvée si aucune mesure n'est prise avant le délai limite fixé par la loi. L'examen de l'opération peut se faire en deux phases. Pendant la phase I, le ministre dispose de 5 semaines pour approuver l'opération ou rechercher des engagements volontaires, généralement structurels, afin de remédier aux problèmes éventuels. Si les parties proposent ces engagements, un délai de 3 semaines au moins doit être accordé pour les examiner ; dès lors, la phase initiale peut durer jusqu'à 8 semaines. Le ministre peut décider, pendant la phase I, que des questions de concurrence justifient une procédure de la phase II, nécessaire pour désapprouver la fusion ou l'assortir de conditions. La procédure de la phase II implique l'obtention de l'avis du *Conseil*, qui doit être rendu dans les 3 mois suivant la demande. Le ministre dispose ensuite d'un délai de 4 semaines pour décider de ce qu'il convient de faire (ce délai peut lui-même être prolongé de 3 semaines au plus afin d'examiner les engagements proposés par les parties). La décision peut faire l'objet d'un recours auprès du *Conseil d'État*. La décision du ministre est rendue publique et peut être contestée non seulement par les parties qui font l'objet d'une décision contrôlant ou prohibant leur fusion, mais également par des concurrents ou clients qui s'opposent à une décision autorisant une fusion. Ainsi, l'appréciation par le ministre au vu de considérations autorisées par la loi, peut-elle être sujette à supervision, même en l'absence d'avis donné en la matière par le *Conseil* indépendant.

Le rôle du *Conseil* en matière de contrôle des fusions est consultatif. Quoique le ministre doive soumettre une opération de fusion au *Conseil* pour avis avant de la bloquer ou l'assortir de conditions, le ministre n'est pas tenu de suivre son avis. Le Ministre a approuvé des fusions sur lesquelles le *Conseil* avait émis un avis défavorable, et il peut bloquer une fusion ou l'assujettir à des conditions, quand bien même le *Conseil* n'aurait formulé aucune objection. Le ministre a parfois divergé avec le *Conseil* lorsqu'il s'est agi d'autoriser des fusions entre fournisseurs afin de contrebalancer la puissance d'achat des grandes chaînes de distribution au détail. Dans la plupart des transactions, l'avis du *Conseil* n'est pas sollicité. Le *Conseil* n'a été consulté pour avis qu'environ 4 à 7 fois par an. Dans certains secteurs, les projets de fusion n'ont jamais été soumis pour avis au *Conseil*. Le *Conseil* a un pouvoir d'initiative limité, dans la mesure où il peut attirer l'attention du ministre sur les problèmes concurrentiels qui ont résulté d'opérations de concentration passées (art. L. 430-9). Le *Conseil* l'a fait en 2002 à propos des filiales communes créées par les deux grandes compagnies des eaux pour soumissionner à des marchés sans que leurs sociétés mères se livrent concurrence. Le *Conseil* a demandé au ministre d'enjoindre aux sociétés mères de modifier ou réformer ces accords.

Dans le secteur bancaire, les fusions sont soumises à un contrôle prudentiel.¹⁴ L'autorité de régulation bancaire, le CECEI (*Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement*), doit approuver les fusions et acquisitions impliquant des services bancaires. Une incertitude sur l'application de la législation de la concurrence aux fusions bancaires a été résolue par la loi d'août 2003, aux termes de laquelle les fusions dans le secteur sont soumises au même test de concurrence que les autres secteurs. Le CECEI avait tenté de subordonner son autorisation d'une grande opération de fusion à des conditions de nature concurrentielle. Mais le *Conseil d'État* avait jugé que le pouvoir du CECEI était limité à des questions de stabilité du secteur bancaire et de prudence financière.

Dans le contrôle des acquisitions impliquant les monopoles traditionnels et des entreprises d'autres industries ou secteurs, la principale préoccupation a été le risque d'abus sous forme de subventions croisées ou d'autres avantages déloyaux. A titre d'exemple, on citera l'opération complexe qui a entraîné, en 2001, le transfert des filiales énergétiques du monopole pour l'électricité, EDF, à une société

holding que EDF détient conjointement avec l'une des grandes compagnies de distribution d'eau françaises, Vivendi.¹⁵ Les unités opérationnelles de la société holding, Dalkia, vendent des services énergétiques sur des marchés concurrentiels tels que celui de la cogénération, tant en France que sur la scène internationale. Le ministère a approuvé cette restructuration, sans demander l'avis du *Conseil*, au motif qu'il avait déjà examiné le même marché et les mêmes questions à l'occasion d'une transaction précédente. Cette cession a été approuvée sous la seule réserve de l'engagement des parties à limiter les échanges d'informations entre EDF et le groupe Dalkia, à éviter toute discrimination et garantir que la puissance d'achat de EDF ne permette pas à Dalkia d'obtenir de meilleurs prix que la normale. Dalkia s'est engagée à divulguer la proportion de l'électricité dans son offre globale, à la demande de ses clients, et à en aviser également la DGCCRF.¹⁶ Afin de limiter le scepticisme quant à l'efficacité potentielle de ces « murailles de Chine », la DGCCRF a fait savoir qu'elle exigerait une nouvelle autorisation, comme s'il s'agissait d'une nouvelle fusion, s'il s'avérait que EDF, avec une part de 34 %, exerçait une "influence déterminante" sur Dalkia. Mais la possibilité d'abus et l'incitation correspondante ne dépendent pas de l'exercice d'une influence déterminante par l'actionnaire minoritaire. Les brochures commerciales de EDF attirent l'attention sur son lien avec Dalkia et les offres conjointes faites avec cette filiale, impliquant ainsi que Dalkia bénéficie du soutien financier et commercial d'une entreprise qui demeure, en fait, l'acteur dominant du marché national de l'électricité. Il n'en demeure pas moins que la restructuration représente une amélioration dans la mesure où elle place les activités de EDF sur des marchés concurrentiels complémentaires dans une structure différente, qui est capitalisée de manière plus transparente et opère formellement dans des conditions de pleine concurrence par rapport au monopole historique.

Aides d'État, marchés publics

La loi sur la concurrence ne traite pas formellement des effets des subventions ou des aides, bien que les distorsions de la concurrence dues à des subventions croisées implicites soient importantes dans l'analyse des abus de domination. La DGCCRF est compétente dans un autre domaine où le financement public affecte la concurrence, à savoir les marchés publics. Des représentants de la DGCCRF siègent aux commissions d'appels d'offres des marchés publics et ont des pouvoirs d'enquête sur les conditions d'attribution de ces marchés, en vertu du Code de commerce. Il s'agit d'une tâche de très grande ampleur, avec plus de 20 000 participations par an à des commissions, plus des milliers de saisines par des préfets et de dossiers de délégation de service public. Les pratiques anticoncurrentielles mises à jour lors des contrôles des dossiers de marchés publics représentent une forte proportion des saisines du *Conseil de la concurrence* par la DGCCRF (6 sur 19, en 2000 ; 7 sur 16 en 2001) et des faits signalés au procureur de la République en vertu des dispositions pénales de la loi sur la concurrence.

Concurrence déloyale

En fait, la plupart des dispositions de la loi sur la « liberté des prix et la concurrence » concernent pour la plupart les pratiques déloyales. Le titre IV "De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées," constitue plus de la moitié des dispositions substantielles du texte. Ces questions de politique de prix, de discrimination, de pouvoir de négociation et d'opérations le long de la chaîne d'approvisionnement occupent une part similaire de l'attention de la DGCCRF s'agissant de l'application de la loi. Les intitulés des chapitres du titre IV mentionnent la concurrence, mais leur objet recouvre plutôt les pratiques commerciales loyales car cette partie de la loi vise des pratiques qui ne nuisent pas à l'économie dans le but de protéger les petites entreprises des effets de la puissance d'achat et de la discrimination. Néanmoins, certaines dispositions du titre IV, notamment celles qui traitent des "pratiques restrictives de concurrence," chevauchent les principes bien connus du droit de la concurrence qui sont inclus dans le titre II ("Des pratiques anticoncurrentielles"), et d'autres sont incorporées par renvoi dans la prohibition des abus de dépendance économique (art. L. 420-2). La DGCCRF considère que ses missions qui ont trait aux pratiques restrictives et aux pratiques anticoncurrentielles sont complémentaires et cohérentes.

Bien que le contrôle des prix ait été éliminé lors de l'adoption de la loi sur la concurrence en 1986, le chapitre consacré à la transparence contient deux règles sur la commercialisation par les prix. L'une d'elles, transposée du Code de la consommation, exige simplement que le consommateur soit clairement informé sur le lieu de vente des prix et conditions de vente (art. L. 441-1). L'autre règle contrôle les réductions de prix promotionnelles pour les denrées périssables, principalement pour protéger les concurrents contre des pratiques déloyales. Après avoir rappelé que de telles opérations promotionnelles pour ces produits, si elles sont trop fréquentes ou trop longues, sont susceptibles de "désorganiser" les marchés, la loi autorise la limitation de leur périodicité et de leur durée (art. L. 441-2). (De plus, le régime généralement applicable du Code de la Consommation limite les ventes au rabais – qui seraient autrement interdites comme « en dessous du coût »-- pour d'autres marchandises. Les magasins doivent limiter leurs opérations de soldes aux mêmes périodes --deux fois par an pendant six semaines--. Une décision interprétant l'interdiction du code des consommateurs autorise d'autres offres de rabais¹⁷. Les dates sont fixées localement, partiellement par voie de négociations entre les commerçants et les consommateurs. Le système et le calendrier des soldes sont expliqués sur le site Internet de la DGCCRF). Les autres dispositions de ce titre de la loi régissent les opérations entre entreprises, en spécifiant les mentions obligatoires des factures, notamment les conditions et délais de paiement (art. L. 441-3). L'obligation de mentionner explicitement toute réduction du prix de vente vise à justifier toute pratique de rabais et, peut-être à détecter et décourager la fraude fiscale également. Les vendeurs doivent communiquer aux acheteurs potentiels, sur demande de leur part, leur barème de prix et leurs conditions de vente, y compris les rabais et ristournes. Les conditions pour retard de paiement incluent une pénalité minimale (au moins 1.5 fois le taux d'intérêt légal), afin d'empêcher les entreprises d'offrir ou d'exiger des rabais déguisés sous forme de paiement tardif (art. L. 441-6). La promotion de l'uniformité des prix et le découragement de la discrimination tendent également à freiner la concurrence sous forme de réductions de prix.

Les règles sur les ventes liées, les prix de revente imposés et les ventes à perte ressemblent à d'autres parties de la loi ou les reprennent. L'une d'elles est une citation des dispositions du Code de la consommation qui réglementent les ventes ou offres avec primes, les refus de vente et les prestations par quantités imposées (art. L. 442-1). Le prix de revente minimal fait l'objet d'une interdiction explicite spécifique (art. L. 442-5). Par ailleurs, le titre IV traite des pratiques analogues aux prix de prédation. Cette disposition de 1963, antérieure à la loi Galland, sanctionne par une amende la revente à un prix inférieur au prix d'achat, c'est-à-dire le prix figurant sur la facture majoré des taxes et du prix du transport (art. L. 442-2-442-4). Il n'est pas besoin de prouver la domination, le risque d'exclusion, ni même aucun effet sur la concurrence. Des exceptions sont prévues pour les produits présentant un caractère saisonnier, les produits ne répondant plus à la demande en raison de l'évolution de la mode, ou les produits dont le réapprovisionnement s'est effectué en baisse. Les petits détaillants de produits alimentaires peuvent aligner leurs prix sur ceux pratiqués par un autre commerçant dans la même zone d'activité, mais uniquement si le prix de l'autre vendeur est légal. En outre, les prix peuvent être réduits pour des produits alimentaires menacés d'altération rapide à condition que cette réduction ne fasse l'objet d'aucune publicité à l'extérieur du point de vente.

Les autres "pratiques restrictives de concurrence" prohibées auraient souvent peu d'effet sur les marchés, bien qu'elles puissent affecter la position de certains concurrents. Ces sept interdictions spécifiques de discrimination et d'extorsion d'un avantage déloyal peuvent également être interdites comme abus de dépendance économique (art. L. 442-6 ; art. L. 420-2, alinéa 2) s'il y a un effet négatif sur la concurrence sur le marché. La première est une interdiction générale de pratiquer ou d'obtenir des prix discriminatoires, des conditions de paiement si la discrimination n'est pas justifiée par des contreparties réelles et crée de ce fait un désavantage ou un avantage concurrentiel. La seconde, qui a été ajoutée par la loi NRE, vise les rabais et discriminations cachés impliquant des rabais ou services promotionnels. Les autres abus spécifiquement prohibés incluent le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir des avantages non écrits comme condition à la passation de commandes, le fait, d'user de la menace d'une rupture des relations commerciales, pour obtenir ou tenter d'obtenir des prix ou conditions qui sont "manifestement

déroatoires aux conditions générales de vente”, la rupture brutale d’une relation commerciale établie, sans préavis écrit (excepté pour inexécution des obligations contractuelles ou en cas de force majeure), la revente hors d’un réseau de distribution contractuellement restreint (si ce réseau est légal en vertu du droit de la concurrence) et le fait de pratiquer des conditions de paiement abusives. Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant la possibilité de bénéficier rétroactivement de remises ou de ristournes, d’obtenir le paiement d’un droit d’accès au référencement préalablement à la passation de toute commande, ou d’interdire au cocontractant la cession de ses créances à des tiers. Ces pratiques affectent les positions de négociation relatives des acheteurs et vendeurs, et certaines peuvent avoir des effets secondaires sur la concurrence.

Ces dispositions ont été étendues pour contrôler l’utilisation de ce que l’on appelle les “*marges arrières*”. Ces dispositifs ont pour effet de modifier les prix effectivement payés par rapport à ceux qui figurent sur la facture lors de la livraison. Leur prolifération démontre le pouvoir de négociation des 5 ou 6 plus gros distributeurs et revendeurs au détail de biens de consommation. Tirant avantage de la nécessité, pour les fournisseurs, d’être présents dans ces points de vente, on rapporte que ces distributeurs récupèrent jusqu’à 50 % du prix par ces facturations de charges et règlent tardivement leurs fournisseurs —en moyenne 66 jours après la livraison— pour financer leur propre fonds de roulement. Les charges sont souvent censées être la contrepartie de services de commercialisation, mais leur facturation multiple, conduit à douter qu’elles représentent réellement le paiement de services rendus. Elles semblent plutôt être un moyen de pratiquer une discrimination entre les clients ou de contourner l’interdiction—ou de profiter de celle-ci— de fixer les prix de revente à un niveau inférieur au prix d’achat effectif. Les contrôles publics des relations fournisseur-distributeur se sont considérablement renforcés, en partie pour neutraliser la crainte de représailles commerciales qui peut dissuader les entreprises d’engager des poursuites pour abus. La DGCCRF peut désormais agir au civil pour demander au juge d’invalider les accords abusifs, ordonner le remboursement de montants indûment perçus et imposer des amendes, qui peuvent être substantielles — jusqu’à €2 millions.¹⁸ La DGCCRF se porte également parties dans des actions privées pour rupture déloyale de relations commerciales. Les règles sur la transparence des facturations sont assorties de sanctions pénales.¹⁹ Des amendes sanctionnent également les retards de paiement et des sanctions pénales s’appliquent en cas de manipulation frauduleuse du marché et de dénigrement.

En dépit du renforcement des pouvoirs qui leur sont conférés pour l’exécution de la loi, les autorités préfèrent les solutions négociées. Il peut être plus urgent de parvenir à un règlement négocié, à présent que les plaintes pour abus menacent d’avoir des conséquences plus lourdes. La loi NRE institue un organe spécial, la *Commission d’examen des pratiques commerciales* (CEPE), afin d’identifier les pratiques abusives et d’élaborer des codes de bonnes pratiques. Elle peut servir de cadre pour les négociations entre les fournisseurs et les distributeurs. La CEPE a une structure représentant les parties prenantes, avec un nombre égal de producteurs, de revendeurs et de représentants des administrations. Elle peut ouvrir des enquêtes et examiner des plaintes, et doit donner son avis et formuler des recommandations sur des questions générales et des pratiques spécifiques, y compris les documents commerciaux et les contrats. Une circulaire du ministère de mai 2003 encourage la négociation afin que les partenaires conviennent de conditions générales de vente clairement fixées à l’avance. La circulaire équivaut à une instruction générale sur l’application du titre IV, expliquant en détail ce que les entreprises peuvent faire et ce qu’elles devraient éviter.

Protection des consommateurs

Une protection du consommateur forte dépend autant de la réglementation que de la concurrence. La DGCCRF a plusieurs fonctions directes de protection des consommateurs, en ce qui concerne la répression des fraudes, les tromperies, les ventes à distance, le démarchage, la fixation des prix et les soldes. La DGCCRF traite également les contrefaçons de marques et violations du droit d’auteur, la substitution et la contrefaçon de produits, en assurant ainsi une autre ligne de protection contre les fraudes

commises sur le marché. En France, comme dans de nombreux autres pays, la combinaison de responsabilités d'application de la concurrence et de la protection des consommateurs peut avoir un effet de renforcement mutuel et de plus grande cohérence. Le *Conseil* n'a pas ces fonctions directes de protection des consommateurs, mais il a toujours compté un représentant d'une association de consommateurs parmi ses membres et traite volontiers des dossiers concernant les consommateurs. Les organisations de consommateurs peuvent saisir le *Conseil* (art. L. 462-5). Les organisations privées de consommateurs sont actives et bien organisées pour participer au contentieux et à l'élaboration de la politique.²⁰

Questions institutionnelles : structures et pratiques d'application

Deux organes sont chargés de l'application du droit de la concurrence. Le premier, la DGCCRF, fait partie du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie (MINEFI) et relève ainsi du système d'administration publique soumis en dernier ressort à la compétence juridictionnelle du *Conseil d'État*. Le second, le *Conseil de la concurrence*, est un organe de décision collégial indépendant qui a le statut d'autorité administrative indépendante. Il ne fait pas partie du système judiciaire, mais ses procédures sont similaires et c'est la Cour d'appel de Paris, qui est compétente en cas d'appel contre ses décisions.

Institutions de la politique de la concurrence

La DGCCRF agit en qualité d'organe exécutif, préparant les textes législatifs et réglementaires, conduisant les enquêtes et engageant des poursuites en cas de pratiques restrictives et d'abus de domination. Elle prépare également les dossiers soumis à la décision du Ministre en matière de contrôle des concentrations. Il s'agit d'une organisation de grande taille, incluant notamment des antennes au niveau local. Sur les six sections opérationnelles de la DGCCRF, l'une traite de toutes les questions d'application du droit de la concurrence, et une autre des questions de droit de la consommation et de sécurité des produits. La moitié des sections opérationnelles est affectée, par secteur, à la surveillance du marché. Cet ensemble de fonctions est un héritage historique de la Direction Générale des Prix et des Enquêtes Économiques qui a précédé la DGCCRF.

Le *Conseil de la concurrence* est l'organe collégial de décision pour l'application de la loi à l'exception des fusions. Il s'agit d'un organisme quasi judiciaire, successeur de la Commission de la Concurrence, créée en 1977 et qui remplaçait la *Commission technique des ententes* créée en 1953. Le *Conseil* a le pouvoir d'adresser des injonctions et d'infliger des amendes à l'issue d'une procédure d'audition comme un tribunal. Il a le statut d'"autorité administrative indépendante," rattachée administrativement au MINEFI. Ses membres sont nommés par le ministre pour un mandat de 6 ans renouvelable. Les 17 membres du collège du *Conseil* qui constituent son organe de décision sont assignés par la loi. Près de la moitié des membres (8) doivent être des magistrats, à savoir des membres, anciens ou actuels, du *Conseil d'État*, de la *Cour de cassation*, de la *Cour des comptes*, ou d'autres juridictions administratives ou judiciaires. Des experts en économie, concurrence ou politique de la consommation doivent être nommés à 4 postes. Pour ces postes d'experts, les membres magistrats soumettent au ministre, qui choisit, une liste de candidats. Les 5 membres restant doivent venir des milieux d'affaires ou professionnels. Le *Conseil* peut siéger en formation plénière, en section ou en "commission permanente" composée du président et de trois vice-présidents (art. L. 461). Ces 4 membres dont trois doivent être des magistrats, sont les seuls qui servent à plein temps. Le *Conseil* est extérieur au gouvernement, et la plupart de ses membres ont d'autres responsabilités. Certains d'entre eux peuvent représenter des groupes d'intérêt, sinon des « électors ». Mais le *Conseil* est indépendant du pouvoir politique, car aucun de ses membres n'a de responsabilité politique directe et les nominations sur lesquelles le ministre a le plus de pouvoir discrétionnaire représentent moins du tiers du nombre total des membres.

Les décisions et documents officiels sont accessibles sur Internet²¹. Les sites Internet des deux organes contiennent la législation de base, les décisions de la DGCCRF, du *Conseil* et des tribunaux, les communiqués de presse et les rapports annuels. Des lignes directrices générales exhaustives sur la politique et la procédure en matière de fusions sont en cours de préparation. Jusqu'à présent, l'usage de lignes directrices formelles ou explicites sur d'autres sujets a été très limité. En tant qu'organe de décision à statut quasi judiciaire, le *Conseil* ne publie pas de lignes directrices. Outre des décisions formelles particulières, il existe des sources d'information, notamment les rapports annuels complets du *Conseil* qui contiennent une analyse des décisions et des études thématiques. Le *Conseil* peut également rendre des avis consultatifs en réponse à des demandes spécifiques.

Le *Conseil d'État* est de plus en plus impliqué dans les questions de concurrence, bien que son rôle premier dans le système d'application de la loi sur la concurrence elle-même se limite à contrôler les décisions en matière de fusions. Il a un double rôle de conseil du Gouvernement et d'instance suprême de la juridiction administrative compétente en matière d'activités de service public ou impliquant une prérogative de puissance publique²². Ses membres sont souvent affectés dans des organes officiels²³. Actuellement, le *Conseil d'État* est souvent appelé à se prononcer suite à des plaintes pour conditions ou pratiques anticoncurrentielles à propos de fusions et dans le cadre de la libéralisation du secteur public. Il peut revoir certaines décisions comme celles concernant l'imposition d'amendes, prises par les autorités de régulation sectorielles. Il peut consulter le *Conseil de la concurrence* sur des questions de concurrence. Si la répartition des compétences entre les systèmes administratif et judiciaire est contestée, une instance spéciale composée paritairement de représentants du *Conseil d'État* et de la *Cour de cassation*, le *Tribunal des conflits*, résout le conflit.

Application de la loi sur la concurrence

La méthode d'application de la loi ressemble au dispositif "modernisé" de l'Union européenne fondé sur l'application directe *ex post*. Il n'existe aucune obligation de soumettre une demande d'autorisation ou d'exemption, excepté pour les fusions. Le *Conseil* peut être saisi par le Ministre de l'Economie et des Finances ou par des plaignants qui peuvent être des entreprises ou des organisations de consommateurs. Le *Conseil* peut également ouvrir une enquête de sa propre initiative mais cette auto saisine est limitée par son manque de ressources, et il a généralement recours à la DGCCRF pour procéder aux enquêtes. Plusieurs éléments de la procédure d'enquête et de jugement ont été réformés tout récemment, en vue d'une plus grande conformité aux principes de garantie d'une procédure régulière élaborés dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme. Par exemple, le principe d'impartialité exige de dissocier l'enquête du jugement. C'est donc le *rapporteur général*, et non le Président, du *Conseil* qui peut désigner un enquêteur, doté des mêmes pouvoirs d'enquête que la DGCCRF, ou demander à la DGCCRF d'entreprendre une enquête. La DGCCRF agit en qualité de *commissaire du gouvernement* dans les procédures devant le *Conseil*.

La procédure devant le *Conseil* est essentiellement écrite et non publique. La fonction décisionnelle est séparée des fonctions d'enquête et d'instruction. Les membres du *Conseil* n'interviennent dans la procédure d'enquête qu'à seule fin de décider du traitement d'informations confidentielles.²⁴ La position initiale et les griefs du *rapporteur* sont préalablement présentés aux parties, par écrit, et les parties ont la possibilité de répondre. Il en est de même à la fin de l'enquête. Le principe de bonne foi exige du *Conseil* qu'il mette la totalité du dossier à la disposition des défendeurs et autres parties. Avant de se prononcer, le *Conseil* peut procéder à des auditions. Afin de respecter le principe de la séparation des fonctions d'enquête et de décision, le rôle du rapporteur se termine avec la présentation de l'affaire à l'audience. Le rapporteur n'est pas autorisé à défendre sa position après l'audience réunissant les parties et il ne participe pas aux délibérations, auxquelles seuls participent les membres du collège du *Conseil*. Les décisions sont motivées, notamment pour donner aux parties une possibilité effective de les contester en appel.

Les pouvoirs d'enquête les plus communément utilisés n'exigent pas un contrôle judiciaire. La procédure de "simple enquête" peut être employée sans autorisation judiciaire préalable. Ces pouvoirs sont néanmoins assez larges. Le plus important est l'accès aux locaux de l'entreprise pour examiner des documents et registres et en prendre copie. Des procédures relativement informelles sont largement utilisées s'agissant de mesures conservatoires. La procédure « lourde » de mesures coercitives, perquisition et saisie, exige une autorisation judiciaire. Elle mobilise davantage de ressources et est donc moins souvent utilisée (art. L. 450-4). La perquisition ne peut se faire sans mandat de justice. Les nouveaux pouvoirs d'enquête conférés par la loi NRE sont actuellement testés devant les tribunaux. Les tribunaux semblent traiter ces éléments interlocutoires de manière efficace (et confirment généralement, mais pas toujours, les mesures prises par la DGCCRF).

Les longs délais nécessaires pour obtenir une décision sur le fond encouragent les parties à demander plutôt des mesures conservatoires. Obtenir une décision finale du *Conseil* dans le cadre d'une procédure complète peut prendre 3 à 5 ans. (Les avis sur des fusions, qui sont soumis à un délai limite légal, sont rendus dans un délai de trois mois). Il est évidemment difficile de statuer rapidement sur des affaires d'importance mineure, en l'absence d'une règle *de minimis* claire ou d'une procédure sommaire. Des dispositions de procédure accélérées ont été introduites en juillet 2003, pour les petites affaires, mais elles n'ont pas encore été testées. Les affaires non tranchées dans le délai légal de prescription de 3 ans peuvent devoir être abandonnées. C'est ce qui s'est produit dans 20 affaires en 2002, dont la moitié avaient été engagées à l'initiative du ministre de l'Economie et des Finances. Pour obtenir une décision plus rapidement, de quelque nature que ce soit, les entreprises sollicitent de plus en plus des mesures conservatoires. Le *Conseil* peut suspendre une pratique ou ordonner aux parties de revenir à l'état antérieur, afin d'éviter une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, au secteur concerné, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. Cette procédure peut prendre moins de 3 mois. Bien que cette décision provisoire ne soit, par définition, ni permanente ni finale, elle peut signaler l'issue finale probable de l'affaire, d'une manière assez claire pour que les parties transigent.

Les sanctions potentielles sont comparables à celles qui existent dans d'autres pays d'Europe, et il s'y ajoute des sanctions pénales à l'égard des personnes physiques. Le *Conseil* peut ordonner aux parties de cesser des pratiques anticoncurrentielles d'ici une date déterminée, et imposer certaines conditions; Le *Conseil* peut ordonner des mesures différentes de celles que les parties demandent, mais dans certaines limites. Le *Conseil* ne peut pas interdire ni suspendre une adjudication publique car un contrat public relève de la juridiction administrative. Cependant, le *Conseil* peut traiter la mauvaise conduite, comme la collusion, des parties à l'adjudication. Les injonctions du *Conseil* sont assorties d'amendes en cas d'inexécution qui sont également infligées par le *Conseil*. Les sanctions pour violation d'une injonction, notamment une injonction prononçant une mesure conservatoire, sont les mêmes qu'en cas de violation sur le fond. Les amendes potentielles ont été nettement alourdies dans les nouvelles dispositions de 2001. Pour une entreprise, le montant maximum de la sanction est fixé à 10 % du chiffre d'affaires (hors taxes). La base est le chiffre d'affaires mondial, et pas seulement le chiffre d'affaires réalisé en France. La sanction potentielle est calculée sur la base du chiffre d'affaires le plus élevé réalisé depuis que la violation a commencé, et si les comptes de l'entreprise sont consolidés avec ceux d'autres entreprises, le chiffre d'affaires pris en compte est le chiffre d'affaires total du groupe. Pour une personne physique, l'amende que le *Conseil* peut infliger est plafonnée à 3 millions d'euros. La sanction maximale est néanmoins théorique, car le *Conseil* n'a jamais imposé cette sanction, même à l'époque où la base de calcul était inférieure. Des sanctions pénales sont également possibles, en principe. Un individu qui prend frauduleusement une part personnelle déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre d'une pratique anticoncurrentielle est passible d'une peine d'emprisonnement de 4 ans et d'une amende de €75 000 (art. L. 420-6). Le *Conseil* peut renvoyer de telles affaires au procureur de la République.

La méthode de l'évaluation multifactorielle signifie que les sanctions peuvent ne pas être strictement proportionnelles au gain ou au dommage. Le *Conseil* tient compte de la gravité de la violation et de la situation économique de l'entreprise. L'infraction est jugée plus grave si, par exemple, l'accord implique de grandes entreprises à l'échelle nationale, car il persuadera des entreprises plus petites de s'aligner sur ce comportement. Il en résulte que les grandes entreprises peuvent s'attendre à une sanction proportionnellement plus lourde, et que les petites entreprises peuvent espérer y échapper plus facilement. D'autres facteurs sont pertinents pour apprécier la gravité de l'infraction, notamment: le fait que les auteurs de la violation occupent une place prééminente dans leur industrie, leur degré de connaissance du droit de la concurrence, l'importance de la hausse des prix pratiquée, l'existence d'une récidive, la participation à plusieurs secteurs ou marchés, le préjudice direct qui a pu être causé aux consommateurs (en s'intéressant particulièrement aux effets sur les consommateurs à revenus modestes ou en situation difficile), ou encore les tromperies dont ont pu être victimes des acheteurs publics. L'ampleur du préjudice porté à l'économie et au processus concurrentiel est distincte du préjudice direct subi par les participants sur le marché, bien qu'il existe certains indicateurs communs du préjudice général et des effets directs. La situation de l'auteur de la violation est également prise en considération. Les sanctions peuvent être aggravées en cas de récidive ou à des fins d'exemplarité lorsque l'auteur de l'infraction est particulièrement connu ou lorsqu'il s'agit du chef de file d'un accord. Les facteurs susceptibles d'atténuer ou d'éliminer les sanctions incluent la mise en liquidation de l'auteur de la violation ou la complicité du client.

Un système de clémence est désormais en place. L'offre de clémence visant à encourager les auteurs de violation à coopérer, introduite par la loi NRE, est une innovation en droit français (art. L. 464-2). La clémence pour coopération est un élément de ce système. Si une partie ne conteste pas les accusations et s'engage à modifier son comportement pour l'avenir, le *rapporteur* peut proposer que le *Conseil* tienne compte de l'absence de contestation pour réduire la sanction. En particulier, une exonération partielle ou totale de sanctions pécuniaires peut être accordée à un participant à un accord anticoncurrentiel qui établit la réalité de l'accord et l'identité des participants, en apportant des preuves que le *Conseil* ne détenait pas antérieurement. Le *Conseil* doit élaborer les termes de l'avis de clémence à la lumière des vues de la DGCCRF et du demandeur de clémence, précisant les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération envisagée. Si ces conditions sont remplies, le *Conseil* peut, dans sa décision finale, accorder une exonération partielle ou totale proportionnée à la contribution du demandeur de clémence à l'établissement de l'infraction. Ce régime souffre de lacunes, peut-être parce qu'il s'agit d'une nouveauté dans un domaine qui n'est pas familier en droit français et risque d'être incompatible avec certaines de ses traditions. Il laisse trop de place à l'appréciation discrétionnaire et à la négociation, de telle sorte qu'un demandeur de clémence peut ne pas avoir une idée claire de l'avantage probable de sa coopération préalablement à celle-ci. Les relations entre la clémence en faveur des personnes physiques et en faveur des entreprises, et entre sanctions administratives et poursuites pénales, qui sont autant d'éléments clés pour persuader des personnes physiques de fournir des preuves sur des violations commises par les entreprises, demeurent obscures et n'ont pas encore été testées.

Les décisions du *Conseil* sont revues par les tribunaux judiciaires, compétents en matière d'actions de droit privé. Les parties peuvent former un recours contre les décisions du *Conseil* devant la Cour d'appel de Paris, puis se pourvoir devant la *Cour de cassation*. Les affaires de concurrence sont examinées par une section spéciale. La procédure est rapide, environ 8 mois au total, y compris 2 mois pour préparer la décision après l'annonce du jugement. L'audience est publique, au contraire de celle qui se déroule devant le *Conseil*. La DGCCRF veille à l'exécution des injonctions et recouvre les amendes, et défend auprès du tribunal la décision du *Conseil*, mais elle peut elle-même interjeter appel des décisions sur lesquelles elle est en désaccord. Le *Conseil* peut soumettre au Tribunal ses propres vues par écrit mais ne soutient pas sa position à l'audience²⁵. Environ un tiers des décisions du *Conseil* est frappé d'appel, mais la plupart des décisions —récemment environ 80 %—sont confirmées sur le fond.²⁶ Les appels dilatoires ne semblent pas constituer un problème. L'appel ne suspend pas l'obligation de payer l'amende et de se conformer à l'injonction, à moins que la Cour n'en décide autrement. La Cour peut faire supporter

à la partie perdante une partie des frais de la partie gagnante, mais les montants sont faibles et cela arrive rarement.

Les décisions du Ministre en matière de fusions sont susceptibles d'appel auprès du *Conseil d'État*. Ceci couvre les décisions autorisant les fusions comme celles qui les interdisent ou les contrôlent autrement, puisque les clients ou concurrents déçus peuvent également former un recours. La procédure d'appel devant le *Conseil d'État* est assez efficace, les décisions étant généralement rendues en moins d'un an.

Autres méthodes d'application de la loi

Les actions judiciaires privées ont été nombreuses. Les parties peuvent obtenir des dommages intérêts pour violations des interdictions de base en agissant devant les tribunaux civils (art. 1382 du Code civil). Aucune disposition ne prévoit l'octroi de dommages intérêts dans le cadre des procédures devant le *Conseil*. Dans le domaine de la concurrence, les actions judiciaires privées sont apparemment aussi courantes en France qu'en Italie, où environ 10 actions de ce type sont intentées chaque année. La structure de la loi française sur la concurrence (et celle de la loi italienne également) a probablement facilité les actions judiciaires privées. A la différence du système de l'Union européenne, il n'existe aucune procédure d'autorisation ou d'exonération administrative. La loi s'applique directement ; c'est pourquoi les parties n'ont pas à attendre une action du *Conseil* pour déterminer si les conditions légales ont été satisfaites.²⁷ Dans une certaine mesure, ce large accès à des actions judiciaires privées peut également servir de soupape de sécurité afin d'alléger les problèmes dus à la lenteur de la procédure devant le *Conseil*.

La mise en œuvre du droit de la concurrence communautaire en France par la Commission européenne a également été importante. Le droit de la concurrence communautaire s'applique lorsque les conditions de compétence sont remplies. En substance, le droit français de la concurrence est essentiellement le même que celui de l'Union européenne. Il peut être précieux de disposer d'un système alternatif pour appliquer les mêmes règles. Il peut être plus efficace, et il peut sembler plus crédible pour les autres parties concernées, que le droit de la concurrence soit appliqué à des entreprises publiques, des prestataires de services publics et des entreprises qui sont des « champions nationaux » par une autorité autre qu'une autorité publique française. En 2001, la Commission européenne a rendu deux décisions importantes à propos d'opérateurs historiques français du secteur des infrastructures. Elle a reconnu l'existence de conflits d'intérêts dans la supervision du monopole postal français, conduisant à une menace de discrimination contre des entreprises opérant sur des marchés concurrentiels de services. Par ailleurs, elle a imposé certaines conditions avant d'autoriser le monopole historique dans le secteur de l'électricité à procéder à l'acquisition d'un opérateur en Allemagne.

Questions de commerce international dans la politique de la concurrence et son application

La France applique le critère des "effets", en revendiquant le pouvoir d'appliquer sa législation aux pratiques intervenant à l'étranger qui affectent la concurrence en France. Les autorités françaises se sont ainsi déclarées compétentes pour examiner l'acquisition par une société américaine, Boeing, d'une autre firme américaine, Jeppesen, qui n'exerçait aucune activité en France et n'y réalisait que peu de ventes. La possibilité que cette opération ait des effets sur les consommateurs ou les concurrents en France était suffisante²⁸. Dans le cas où les effets proviennent d'un autre pays, on considère aussi que le marché économique effectif peut aller au-delà des frontières nationales. En examinant les effets domestiques d'une pratique étrangère, le *Conseil* s'est demandé dans quelle mesure les réactions probables des consommateurs sur des marchés élargis pourraient suffire pour résister à la menace de pouvoir de marché. Par exemple, en examinant si les consommateurs français risquaient d'être lésés par la fusion d'industriels du Royaume-Uni (dont l'un était la filiale d'un fournisseur français), le *Conseil* a noté que les consommateurs pourraient se tourner vers la production d'autres usines situées ailleurs en Europe (ce qui évidemment n'apparaissait pas

dans les données de part de marché fondées sur les ventes). En conséquence, le *Conseil* pouvait appliquer les règles de concurrence du traité de l'UE (pouvoir qu'il a depuis 1992) aux pratiques mises en œuvre en France qui ont des effets dans d'autres pays de l'Union. Un test intéressant de ce pouvoir consisterait à faire valoir que la concurrence sur des marchés similaires dans les autres pays de l'UE a été faussée par un comportement qui était rendu possible uniquement par les subventions croisées provenant des bénéficiaires tirés de la prestation de services publics en France. Bien que le *Conseil* soit indépendant, les plaignants pourraient juger plus avisé de porter l'affaire devant la Commission européenne ou leurs autorités nationales, si leur législation applique elle aussi le critère des "effets".

La coopération avec les autres autorités est désormais plus facile, mais la France paraît faire preuve de prudence. La loi NRE a facilité l'échange d'informations avec les autres autorités d'exécution, en instaurant une certaine reconnaissance mutuelle des moyens de protéger la confidentialité. La confidentialité ne constitue plus un obstacle à l'échange d'informations, dans la mesure où cet échange se déroule entre des autorités qui sont soumises à la même obligation de confidentialité et que les mêmes garanties et protections qu'en France s'appliquent. La France conserve cependant une marge de manœuvre considérable pour refuser la coopération. Elle refusera de coopérer si la requête d'une autre autorité menace sa souveraineté, sa sécurité, ses intérêts économiques essentiels, ou l'ordre public. Elle ne coopérera pas non plus s'il peut y avoir double poursuite ou double peine, c'est-à-dire si une procédure pénale est déjà engagée en France sur la base des mêmes faits et contre les mêmes personnes, ou s'il y a déjà eu une décision définitive et des sanctions fondées sur les mêmes faits.

Ressources, actions et priorités implicites des organes

Le niveau des ressources n'est pas facile à déterminer ; il semble faible et progresse lentement. La multiplicité des missions de la DGCCRF rend difficile l'évaluation des moyens. Le *Conseil* dispose d'une équipe d'environ 120 personnes à plein temps, dont une trentaine de rapporteurs permanents. Il dépend dans une large mesure du concours de la DGCCRF pour les enquêtes. La DGCCRF dispose d'un effectif d'environ 4 000 personnes, dont la plupart sont affectées à d'autres tâches que les enquêtes et l'application du droit de la concurrence. Le siège de la DGCCRF à Paris compte environ 400 personnes et plus de 3 000 agents sont en poste dans des bureaux régionaux répartis dans tout le pays. Certains de ces bureaux ont des équipes traitant d'affaires de concurrence. Une section, dotée d'un effectif de 60 personnes en 2002, se consacre aux enquêtes à l'échelle nationale et traite aussi les questions de consommation et autres, à côté des affaires de concurrence. La DGCCRF consacre environ 170 années/personne aux pratiques anticoncurrentielles, (environ 4 % des effectifs) (Titre II.) et 125 aux pratiques restrictives (environ 3 % des effectifs) (Titre IV.) La part du personnel de la DGCCRF qui se consacre effectivement à la mise en œuvre de la concurrence, est donc très minoritaire même si d'autres agents peuvent apporter leur contribution, dans la mesure où il s'agit d'un réseau national de surveillance qui recueille parfois des informations touchant aux questions de concurrence.

Tableau 1. Évolution des ressources affectées à la politique de la concurrence

	Années-personne ¹	Budget ²
2002	296	€18.4M
2001	277	€16.7M
2000	268	€15.3M,
1999	271	€15.0M,
1998	276	€14.4M

1. Estimation combinée du personnel du Conseil et de la DGCCRF traitant des pratiques anticoncurrentielles. De plus, 125 agents de la DGCCRF traitent des pratiques restrictives en application du titre IV.

2. Estimation combinée du Conseil et de la DGCCRF concernant les pratiques anticoncurrentielles.

Source : Gouvernement français (2003).

Les cas impliquant des pratiques déloyales et restrictives sont importantes à la DGCCRF, alors que le *Conseil* s'attache au secteur des infrastructures. Mesurées en nombre de cas, la plupart des actions de la DGCCRF tombent sous le coup de l'application du titre IV du Code du commerce, avec des dizaines de milliers d'affaires chaque année qui pour la plupart sont de simples infractions à des clauses formelles. En ce qui concerne les pratiques anticoncurrentielles interdites par l'article L.420, la catégorie la plus importante est celle des actions qui résultent de la surveillance des marchés publics, à savoir les irrégularités comme les soumissions concertées. La proportion de l'effectif travaillant sur les fusions est faible (ou l'était avant que le programme de notification n'entre en vigueur) ; en 2000, sur environ 175 personnes chargées des affaires de concurrence, une quinzaine se seraient consacrées à l'examen des fusions et aux mesures d'application qui s'y rapportent. La répartition des actions officielles du *Conseil*, y compris l'application de la loi et les avis, montre que les soumissions concertées occupent une place importante et que les services de télécommunication et de transport font l'objet de contentieux fréquents. Le nombre d'affaires soumises au *Conseil* pour examen et décision a diminué régulièrement, tombant d'un total de 135 en 1998 à 82 en 2002. Celui des plaintes émanant d'entreprises et d'organisations d'entreprises a baissé de moitié (de 72 à 38), tandis que le nombre de saisines de la part d'organisations de consommateurs augmentait légèrement, bien que le total reste faible (de 1 à 4). Phénomène plus surprenant, le nombre d'affaires soumises par le Ministre de l'Économie et des Finances a diminué des deux tiers, passant de 30 à 11. Les règles de preuve plus strictes du *Conseil* ayant abouti à un plus grand nombre de rejets et le *Conseil* s'efforçant de résorber l'arriéré accumulé du fait de la lenteur de ses procédures, le Ministre chargé de l'Économie a recherché d'autres moyens pour résoudre les affaires²⁹. Le nombre de décisions du Conseil est demeuré stable, d'environ 110 par an.

Tableau 2. Secteurs en cause dans les décisions du Conseil (par nombre d'actions)

Secteur économique	2001	2002
Postes et télécommunications	9	14
Construction	14	11
Transports terrestres	7	8
Intermédiaires du commerce	5	7
Activités récréatives, culturelles et sportives	6	6
Services d'utilité publique (électricité, gaz, chauffage)		5
Services aux entreprises		5
Services de vente au détail et de réparation	9	5
Services de santé et sociaux		4
Informatique	4	
Imprimerie et reproduction		3
Transport (services auxiliaires)	4	
Eau		3
Produits chimiques	3	3

Source : *Conseil de la concurrence 2002*

Tableau 3. Évolution des activités de la DGCCRF *

	1998	1999	2001	2002
Prix et concurrence (total)	57 346	64371	103 587	85 163
Concurrence déloyale et transparence	32 717	35 863	32 289	
Pratiques anti concurrentielles	4 239	5 560	5 003	
Fusions	34	10	10	125

*Le rapport annuel de la DGCCRF pour 2000 ne comporte pas de chiffres pour les activités et celui de 2002 présente les chiffres différemment.

Tableau 4. Évolution des décisions du Conseil en matière de sanctions

	1998	1999	2000	2001	2002
Décisions comportant des sanctions financières	32	13	28	30	12
Entreprises ou groupes sanctionnés	76	58	67	116	103
Montant global de sanctions imposées (€ million)	13.6	9.3	189*	51.1	64.3
Sanction moyenne imposée (€ million)	18	16	2.82**	44	62

* dont 174. 4 millions € représentent des sanctions imposées dans l'affaire du crédit immobilier

** Sans l'affaire du crédit immobilier, la moyenne serait de 22 millions d'euros.

Source : le rapport annuel du Conseil (2002)

Limites de la politique de la concurrence : exemptions et régimes réglementaires spéciaux

Exemptions générales ou traitements spéciaux

La tradition française de service public est battue en brèche par les demandes de libéralisation. La France s'adapte en étendant la conception de son droit administratif pour y inclure le principe de promotion de la concurrence. Ce principe est mis en œuvre avec prudence.

En général, le droit de la concurrence est subordonné aux autres lois et règlements s'il y a incompatibilité. Les comportements qui résultent de l'application d'une loi ou d'un règlement ne sont pas soumis aux interdictions visant les pratiques anticoncurrentielles (art. L. 420-4(I.1)). On trouve un principe analogue dans la plupart des pays. Dans certains, il résulte de l'interprétation et de l'application des règles générales d'élaboration des lois. En France, la loi sur la concurrence contient explicitement la règle de la primauté. Pourtant la portée et l'effet de ce principe dépendent de son interprétation et de son application dans la pratique. Selon le *Conseil*, le comportement en cause doit constituer une conséquence directe et nécessaire de l'autre loi ou l'autre règlement. Cette interprétation n'exempte pas un comportement au seul motif qu'une autre loi l'autorise ou le tolère. Une interprétation étroite poussée à l'extrême consisterait à exempter uniquement les comportements anticoncurrentiels que l'autre loi impose, pour résoudre le dilemme que pose la nécessité de violer au moins l'une d'entre elles. Le *Conseil*, lorsqu'il statue sur une éventuelle exemption, prend en compte l'intention du législateur quant au but économique censé justifier un comportement qui, sinon, serait anticoncurrentiel. Probablement, si le but de la loi ou du règlement n'est pas incompatible avec la concurrence et si rien n'indique que le législateur avait l'intention de créer une exemption, l'argument en faveur de l'exemption serait rejeté. Comme dans les autres pays qui utilisent les

instruments de l'UE, la demande d'exemptions législatives particulières est peut-être plus faible, étant donné que la loi sur la concurrence elle-même contient les critères et les procédures applicables aux exemptions.

Les motifs généraux d'exemption prennent en compte la situation des petites entreprises en permettant des accords dont l'objet est d'améliorer la gestion des PME (art. L. 420-2). Il n'y a cependant pas d'exemption générale ou de seuil, et la législation récente s'est bornée à donner les moyens au Conseil de traiter plus rapidement les petits cas et d'augmenter le seuil de contrôle des fusions³⁰. La petite taille et l'effet limité ne suffisent pas à absoudre des comportements comme la collusion dans les marchés de travaux publics, ni à justifier une atténuation de la sanction dans ces cas. Pour réglementer le type de coopération admissible, la loi NRE a ajouté une section sur les coopératives de détaillants au Code de commerce (art. 124-1). Ces groupements peuvent défendre leurs intérêts commerciaux communs en organisant l'approvisionnement en biens et services pour leurs membres, en gérant des services communs dans une même enceinte, en fournissant une assistance pour la gestion technique, financière et comptable et en mettant en œuvre une stratégie de politique commerciale commune par la mise à disposition d'enseignes ou de marques, cette politique pouvant comporter des prix communs.

Bien qu'il n'existe pas d'exemption explicite pour les organisations syndicales ni pour les comportements qui affectent seulement le marché des services de main-d'œuvre, une exemption implicite peut protéger certaines actions syndicales. Ainsi le *Conseil* s'est efforcé d'appliquer la loi à un comportement de groupes syndicaux – sabotage de la distribution d'un concurrent dont le personnel n'était pas syndiqué – qui entravait la concurrence sur le marché des produits. La Cour d'appel n'a pas rejeté le principe selon lequel la loi sur la concurrence pouvait s'appliquer aux syndicats, mais elle a limité la portée potentielle de son application en exigeant qu'au moins l'une des parties à l'accord restrictif en cause soit un agent économique sur le marché affecté. La loi aurait probablement pu s'appliquer à un accord restreignant la concurrence sur le marché des produits qui aurait impliqué à la fois des syndicats et des entreprises rivales.

Les entités publiques et les entreprises qui fournissent des services publics sont couvertes par la loi, mais pas toujours par la procédure du *Conseil*. En principe, la loi sur la concurrence est neutre en ce qui concerne la propriété du capital. Les entités publiques sont explicitement soumises à la loi française sur la concurrence (art. L. 410-1). Ce n'est pas la nature de l'entité, mais la nature de l'acte qui détermine si le droit de la concurrence est applicable. La loi sur la concurrence et le mécanisme d'application ne s'appliquent pas à la prestation de services publics sous l'autorité de l'État. Les actes de ce type sont uniquement du ressort des tribunaux administratifs. Toutefois, le *Conseil* peut examiner les actes d'entités qui fournissent des services publics si ces actes ne sont pas liés aux dits services, par exemple la vente d'espaces publicitaires dans l'annuaire téléphonique, ou si l'on peut traiter ces actes sans remettre en question une décision administrative, comme dans le cas d'un comportement discriminatoire de la part d'une entreprise qui est habilitée à fournir un service public en situation de monopole. Ce n'est pas la nature de l'entité, mais la nature de l'acte qui détermine si le droit de la concurrence est applicable. Les mêmes principes s'appliquent aux niveaux infranationaux de l'autorité publique. Dans la mesure où ils se livrent au type de comportement sur le marché qui est visé dans la loi sur la concurrence, à savoir la production, la distribution ou la prestation de services, ils peuvent être soumis à la surveillance du *Conseil*.

La répartition des responsabilités a évolué rapidement à mesure que la structure juridique du centralisme se heurtait au concept de concurrence dans les secteurs réglementés. Les positions du droit administratif sur la concurrence se sont inversées en sept ans seulement – ou peut-être même trois ans. En 1989, le Tribunal des conflits a jugé qu'en principe le juge administratif ne pouvait pas appliquer le droit de la concurrence (à l'époque il s'agissait de l'ordonnance de 1986). (Il a également jugé que le *Conseil* ne pouvait pas non plus appliquer la loi sur la concurrence aux services publics). Ce point de vue a été réaffirmé, ou du moins suivi, jusqu'en 1993. En 1996 cependant, le Conseil d'État a annulé un décret au

motif qu'il créait nécessairement une position dominante (se conformant ainsi à un principe du droit communautaire de la concurrence). En 1997, le Conseil d'État a inversé pour l'essentiel la position de 1989 en appliquant aux conditions d'un contrat de concession les principes du droit français sur l'abus de position dominante. Ainsi, le principe de concurrence, tiré de la législation générale française qui s'applique aux comportements sur le marché privé, est entré dans la jurisprudence concernant l'évaluation et le contrôle des actes administratifs.

Le Conseil de la concurrence semble aussi tester les limites de sa compétence. Les entreprises publiques et les entreprises qui assurent un service public sont placées sous surveillance afin de pouvoir détecter les abus. Ainsi, quand le gestionnaire public des aéroports a refusé aux hôtels qui n'étaient pas situés sur place l'accès aux comptoirs d'information dans l'aéroport, le *Conseil* a décidé, et la Cour d'appel l'a suivi, qu'il ne s'agissait pas d'une prérogative de service public et que ce refus imposait une contrainte anticoncurrentielle au marché de l'hôtellerie. Certaines distinctions protègent les possibilités concurrentielles des nouveaux entrants sur des marchés auparavant monopolistes. Par exemple, les entreprises d'électricité et de gaz n'ont pas été autorisées à lier des aides financières à des contrats exclusifs à long terme ; en outre, une société nationale de télévision n'a pas été habilitée à imposer des clauses d'exclusivité pour les droits de reproduction. En effet, ces contraintes, bien que liées dans les contrats aux fonctions de service public, n'étaient pas nécessaires à leur accomplissement.

Exclusions, règles et exemptions sectorielles

En France, "la réforme réglementaire" est souvent assimilée à l'instauration de la concurrence dans les secteurs d'utilité publique et les autres services publics. Cela n'implique pas la suppression des exemptions explicites vis-à-vis du droit de la concurrence, mais plutôt la modification profonde d'un système de gouvernement antérieurement fondé sur le rôle prééminent joué par l'État sur l'ensemble du pays. En s'adaptant à ce nouvel environnement, la France a soutenu les efforts de ses monopoles historiques pour se réinventer sur des marchés de plus en plus concurrentiels, tout en s'efforçant de préserver leur rôle particulier de prestataire de services publics. Dans ce but, les autorités de régulation sectorielle doivent trouver l'équilibre nécessaire, un « couloir de viabilité », en ce qui concerne les prix et les conditions commerciales.

Le risque de subventions croisées faussant la concurrence constitue une préoccupation permanente; pourtant, la France n'a pas choisi la voie de la séparation structurelle qui visait à éliminer ce risque par la séparation et l'isolement formels de l'élément de monopole du service public. Les entreprises qui détiennent un monopole public peuvent entrer sur des marchés concurrentiels, y compris ceux qui sont liés au secteur monopoliste, dans la mesure où elles n'abusent pas de leur position pour entraver la concurrence sur ces marchés. Poussée à l'extrême, cette conception signifie que ces entreprises ne peuvent pas évincer d'autres entreprises ni empêcher l'entrée par des tactiques autres que la seule concurrence. Le *Conseil* s'est aussi efforcé d'empêcher les distorsions de moindre envergure. Il a formulé une analyse devenue classique du problème des subventions croisées dans un avis de 1994 sur la fourniture de services auxiliaires concurrentiels par les monopoles de l'électricité et du gaz naturel. Si l'utilisation des bénéfices réalisés par le service public ou le monopole pour appuyer l'entrée sur un marché concurrentiel différent n'est pas en soi considérée comme un abus, les bénéfices employés à cet effet ne doivent pas être ceux qui sont censés concourir à l'exécution de l'obligation de service public. Les agissements anticoncurrentiels qui ne seraient rendus possibles que par ces derniers seraient traités comme des abus. Si la notion de service universel ou public, qui est censée justifier un traitement ou un financement spéciaux, comporte des éléments que le marché concurrentiel pourrait et serait prêt à fournir sans intervention ni soutien, ou si les provisions pour investissements en infrastructure sont gonflées ou subventionnées, alors le marché est vraisemblablement faussé par des procédés qui protègent l'entreprise en place contre l'entrée et la concurrence sur les prix. Le *Conseil* a réaffirmé ces points dans ses avis de 1996 concernant la participation de la société nationale des chemins de fer dans des services concurrentiels de courrier express

et celle du système postal dans les services financiers, et à bien d'autres occasions depuis. Il semble nécessaire que cette leçon soit répétée chaque fois que le problème apparaît, ce qui se produit fréquemment.

Électricité

L'électricité était en France, il y a peu, un monopole public intégré. Les centrales nucléaires d'*Électricité de France* (EDF) assurent 76 % de la production, et l'hydroélectricité en représente 14 %. Cette combinaison de sources d'énergie a pour résultat un faible niveau d'émissions, des coûts variables bas et des prix modérés selon les critères européens. En 2000, la France exportait 14 % de sa production et importait moins de 1 % de sa consommation. Peut-être parce que son système actuel paraît satisfaisant, la France préfère que le changement procède lentement. Ainsi la directive européenne de 1996 prévoyait la première phase de la libéralisation pour 1999, mais la France n'a intégré ce texte à son droit interne³¹ qu'en 2000. Elle a soutenu la prolongation du délai pour la libéralisation totale. L'échéance est maintenant fixée à 2007, pour le gaz et l'électricité.

La production est extrêmement concentrée. Les seuls producteurs importants en France autres que EDF sont une filiale de la société nationale des charbonnages, SNET, et la société d'hydroélectricité des Alpes, la Compagnie Nationale du Rhône (CNR). Ces entreprises ne représentent, ensemble, qu'environ 5% de la production nationale³². Plusieurs producteurs de très faible importance sont sous contrat pour vendre leur électricité à EDF, pour la plupart dans le cadre de programmes visant à promouvoir l'utilisation des nouvelles technologies. L'entrée dans la production s'obtient par autorisation ou adjudication. Les centrales doivent obtenir une licence du ministère de l'énergie. Les fournisseurs étrangers peuvent vendre aux clients éligibles en France, si la capacité de transport à la frontière est suffisante.

La gestion du réseau incombe à un organisme, le Réseau de transport d'électricité (RTE) qui fait toujours officiellement partie d'EDF. La comptabilité et la gestion de RTE sont séparées des activités d'EDF en matière de production, de fourniture et de distribution. Le directeur de RTE est nommé par le gouvernement sur proposition d'EDF (qui soumet une liste de trois candidats). Les bilans *pro forma* auxquels a donné lieu la séparation de RTE ont dû être vérifiés pour déterminer la base de fixation des tarifs de transport. Ce processus délicat n'a été mené à bien qu'à la fin de 2002.

L'objectif d'ouverture du marché, fixé par la loi sur l'électricité de 2000, était 30 % de la consommation. Il a été défini en déterminant le niveau d'éligibilité pour le service concurrentiel à 16 GWh par site. Pour faciliter l'ouverture, un marché de l'électricité, Powernext, a été créé à la fin de 2001; des contrats pour l'électricité du lendemain y sont négociés. Powernext est détenu et contrôlé surtout par des intérêts liés au transport³³. Son objectif déclaré est de créer un prix de référence qui stimulera la concurrence et contribuera à rationaliser les marchés au niveau européen en augmentant le nombre de plateformes de production éventuelles. Bien qu'il n'y ait qu'un petit nombre de producteurs en France, d'autres fournisseurs sont présents par l'intermédiaire de Powernext et de la production virtuelle passant par EDF ou par le marché international. L'abaissement d'environ 50 % des critères d'éligibilité en 2003 a doublé le nombre de sites éligibles, et la proportion des ventes d'électricité ouvertes à la concurrence est passée de 30 % à 37 %. On attend un changement plus important en juillet 2004, date à laquelle toutes les entreprises pourront choisir leur fournisseur. Cela représentera 2.3 millions de clients sur 3.6 millions de sites. Les ménages pourront choisir en juillet 2007.

Le rythme du changement de fournisseur par les clients éligibles n'a pas été négligeable. En 2003, 17% environ de ces clients se fournissaient auprès d'une autre source qu'EDF et quelque 240 sites (sur 1 300 éligibles) avaient changé au moins une fois. La menace de ce changement a sans aucun doute permis à certains clients qui étaient restés fidèles à EDF de renégocier des prix plus avantageux. RTE conclut des

contrats pour l'équilibrage du service et achète de l'électricité sur le marché pour compenser les pertes sur le réseau. Les autres fournisseurs peuvent servir ce marché, et en fait EDF ne réalise qu'une petite partie des ventes dues à la compensation des pertes en ligne, ce qui représente 25% du marché éligible approvisionné par des concurrents d'EDF.

Toutefois, malgré les changements intervenus ces dernières années, la France n'a pas progressé aussi vite que les autres pays d'Europe, que soit dans les textes ou dans les faits, vers un marché de l'électricité ouvert et concurrentiel. En 2002, la part du marché français qui était officiellement déclarée ouverte, à 30 %, était la plus basse d'Europe. A cette époque, cinq pays avaient déjà ouvert complètement leur marché (parce que le marché français est si large en terme de montant ouvert, il se situe au 5^{ème} rang). L'extension de l'éligibilité en 2003 n'a pas notablement modifié la place de la France dans ce classement. Le dégroupage du système de transport par la séparation de la gestion et de la comptabilité a été minime par comparaison avec les autres pays qui avaient presque tous³⁴ adopté une séparation de droit ou même une scission de la propriété. La distribution n'était soumise qu'à la séparation comptable, alors que six pays européens étaient déjà arrivés à la séparation juridique. De plus, les parts de marché pour la production confirment le faible développement de la concurrence. En France, les trois principaux producteurs assuraient 92 % du marché, part qui n'était dépassée qu'en Belgique, en Grèce et en Irlande. En France, une seule entreprise, EDF produisait plus de 5 % de la capacité nationale totale, alors que dans d'autres grands pays européens (Allemagne, Espagne, Finlande, Italie) quatre entreprises au moins ont une part de marché aussi importante. Elles sont six aux Pays-Bas et huit au Royaume-Uni. Pourtant, malgré cette structure de marché non concurrentielle, les prix de l'électricité n'étaient pas anormalement élevés, ni bas, comparés à ceux des autres pays européens et d'après les estimations, les charges de réseau paraissaient proches de la moyenne.

Les objectifs de service public fixés par la loi de 2000 sur l'électricité portent sur l'équité et la planification. Le premier objectif met en évidence une caractéristique du concept de service public: prix de référence uniforme et qualité de service égale dans tout le pays, y compris la Corse et les départements d'outre-mer, qui ne sont pas reliés au réseau national. Le deuxième objectif est de garantir le droit à l'électricité. Le troisième concerne la sécurité de l'approvisionnement à long terme et le recours à des sources qui préservent l'environnement. Un programme d'investissement annuel et un plan de développement du système de transport sont approuvés respectivement par la CRE (Commission de régulation de l'électricité et aujourd'hui de l'énergie) et le Ministre. Des fonds de péréquation financent les coûts supplémentaires du service aux régions défavorisées et aux consommateurs qui ne peuvent pas payer.

L'autorité de régulation, la CRE est chargée de veiller à un accès non discriminatoire et transparent des tiers au système de transport. Quand elle était seulement responsable de l'électricité, elle avait un personnel d'environ 80 personnes et un budget de quelque 11 millions d'euros; ces chiffres sont passés à 96 personnes environ et près de 12 millions quand elle a pris la responsabilité supplémentaire du gaz. La CRE n'est pas responsable de tout le secteur, puisque l'octroi des licences et la fixation des tarifs incombent à d'autres organes. Elle propose des tarifs pour l'accès au réseau de transport et de distribution, donne un avis sur les taux pour les clients non éligibles mais ce ne sont que des recommandations. La détermination des prix dans le cas où le monopole subsiste incombe aux ministères de l'Énergie et de l'Économie. La CRE tient à jour et publie des listes de clients éligibles et de fournisseurs éventuels. Elle soutient le développement des réseaux de transport et de distribution en approuvant le plan annuel d'investissement de RTE et en conseillant cet organisme sur le plan de développement à long terme du réseau. La CRE donne son avis sur la nomination du directeur de RTE (nommé par le gouvernement sur proposition d'EDF). Elle surveille la séparation comptable pour empêcher les subventions croisées, les discriminations et les distorsions de la concurrence. Les contrats entre les utilisateurs et RTE, ainsi que les protocoles entre EDF et RTE, sont enregistrés à la CRE. Celle-ci reçoit aussi la notification du refus de conclure des contrats et traite les conflits en matière de contrats. Elle est habilitée à imposer des mesures conservatoires et des sanctions, mais elle n'a pas le pouvoir d'ordonner la construction d'installations. Si

l'accès nécessite un investissement dans une ligne directe, la CRE ne peut que donner un avis au cas où l'autorité administrative compétente refuse d'autoriser la construction. Les recours contre les décisions de la CRE sont formés devant la Cour d'appel de Paris, qui entend aussi les recours contre les décisions du *Conseil*.

La CRE exerce ses pouvoirs en liaison avec le *Conseil*. La loi sur l'énergie part de l'idée que la plupart des controverses à répétition qui surgiront entre les acteurs de ce secteur auront un caractère technique. Si la CRE décèle des pratiques qui relèvent de l'abus de position dominante ou de l'accord restrictif, elle doit en aviser le *Conseil*, étant donné qu'elle n'est pas compétente pour régler elle-même ces questions. Inversement, le *Conseil* doit renvoyer à la CRE les conflits dans le secteur de l'énergie qui ne constituent pas des violations de la loi sur la concurrence. Chacun de ces deux organismes peut demander l'avis de l'autre. Ils veillent tous deux à empêcher les subventions croisées et par conséquent ils se consultent souvent sur les règles de séparation et de comptabilité analytique pour les obligations de service public. La CRE approuve les règles relatives à la séparation comptable, à savoir les règles d'imputation des coûts, de délimitation des comptes et les principes qui régissent les relations entre les activités réglementées et non réglementées, en consultant le *Conseil*. Ce dernier a déjà eu l'occasion de statuer sur des plaintes déposées par des producteurs tiers, en constatant que les retards et l'absence d'informations sur les nouvelles exigences techniques pour l'accès au réseau faisaient obstacle au développement de la concurrence.

Les effets des activités d'EDF sur la concurrence font aussi l'objet d'examen en dehors de la France. La Commission européenne est intervenue en 2001 à propos d'un projet d'EDF et d'un groupe de neuf sociétés locales d'électricité du sud-ouest de l'Allemagne visant à acquérir le contrôle conjoint d'EnBW (Energie Baden-Württemberg AG). Craignant que le regroupement ne renforce la position d'EDF en éliminant des concurrents éventuels, la Commission a imposé plusieurs conditions pour donner son approbation, notamment que EDF se désengage d'une participation dans une société suisse d'électricité et que la CNR soit libérée de son engagement de vente exclusive à EDF. En outre, elle a demandé que EDF mette 6 GW de sa capacité à la disposition de ses concurrentes pour qu'elles puissent soumissionner pour cette électricité et la vendre comme si elle leur appartenait. Ces conditions ont favorisé le développement de la concurrence en France en rendant disponible assez d'électricité pour fournir 30 % de la part du marché qui devait être mise en concurrence. L'obligation faite à EDF de mettre une certaine capacité à la disposition d'autres entreprises pour qu'elles la vendent peut prendre fin après cinq ans s'il existe suffisamment d'autres possibilités à cette époque. La Commission européenne est aussi intervenue dans une acquisition -- concernant un autre pays limitrophe de la France -- de la société Hidroeléctrica del Cantábrico par EnBW (après qu'EDF en a obtenu le contrôle conjoint) et un groupe espagnol d'investissement. Dans ce cas, la Commission craignait un renforcement de la position dominante conjointe sur le marché de gros espagnol, en partie protégé par les contraintes de capacité de l'interconnecteur franco-espagnol qui isolent la péninsule. La Commission a accepté l'engagement pris par EDF et RTE d'augmenter la capacité commerciale de l'interconnexion en la faisant passer de 1.1 GW à 4 GW.

EDF détient aussi des participations dans des sociétés d'électricité au Royaume-Uni et en Italie. Elle cherche à étendre sa part du marché européen, qui est de 18 % actuellement, à 22-23 %. Le contrat entre EDF et le gouvernement pour 2001-2003 envisageait la nécessité d'accroître les possibilités de concurrence en France, afin de ne pas limiter la capacité d'EDF de s'étendre ailleurs en Europe. D'autres pays étudiaient ou adoptaient des règles interdisant les acquisitions ou les activités des entreprises liées à des États qui refusaient l'accès réciproque au marché ou la possibilité d'investir. Peut-être en pensant à une restructuration plus fondamentale, sinon à une privatisation au moins partielle, EDF a commencé à rendre chacune de ses branches responsables de la réalisation de ses objectifs et de ses bénéfices. Le président d'EDF aurait déclaré vouloir que d'ici 2006 la moitié de ses recettes viennent d'activités autres que la vente d'électricité en France et aurait reconnu que l'expansion dans d'autres pays implique nécessairement l'entrée d'entreprises étrangères sur le marché français (Mallet, 2002).

Gaz naturel

Le gaz naturel fait lui aussi depuis longtemps l'objet d'un monopole public de fait, intégré. L'exploitant de loin le plus puissant est Gaz de France (GDF). Jusqu'à 2003, GDF avait le monopole de l'importation. Il contrôle directement 88 % des gazoducs français. La société qui détient la plupart du reste, 10 %, est GSO, qui est contrôlée conjointement par GDF (30 %) et TFE (70 %). Une autre filiale de TFE, SEAR, détient les 2 % restants. Le réseau de GDF dans le centre de la France est géré par la Compagnie française de méthane (CFM), qui est aussi une filiale commune de GDF (55 %) et TFE (45 %). GDF et ses filiales exploitent trois systèmes de gazoducs concentrés géographiquement, dont chacun gère son gazoduc ainsi que son système de livraison et de vente pour la consommation industrielle et la distribution locale. La distribution locale est contrôlée par les collectivités locales, mais elles ont presque toutes accordé des concessions d'exploitation à GDF, quoiqu'il existe un autre fournisseur.

La directive de l'UE de 1998 n'a été transposée dans le droit français qu'en 2003 ; alors que la limite était 2000. Le non-respect de ce délai par la France a fait l'objet d'une procédure officielle de la Commission européenne. Malgré l'absence de base légale pour la restructuration, un régime transitoire a été mis en place pour permettre à certains clients d'acheter du gaz ailleurs en Europe³⁵. GDF et ses filiales ont publié leur tarif de transport pour les tiers, et GDF a fait connaître les conditions commerciales pour l'utilisation de ses terminaux de GNL en France. Le seuil de possibilité de choix pour les clients a été fixé à une consommation annuelle de plus de 25 millions de mètres cubes sur un seul site, pour atteindre l'objectif de 20 % du marché inscrit dans la directive de l'UE. En août 2002, seuls neuf clients, sur seize sites, avaient changé de fournisseur. Même si la plupart d'entre eux étaient des clients de taille exceptionnelle, ce changement ne représentait qu'environ 4 % du marché national, un taux comparable à la moyenne en Europe à ce moment là. Les pressions de la concurrence n'ont d'ailleurs pas affecté les prix à la consommation ni abaissé la rentabilité de GDF. Les prix sont plus élevés que dans les pays européens où les marchés ont été libéralisés (quoique plus bas que dans d'autres pays européens non producteurs). Les incertitudes juridiques dues à l'absence de transposition de la directive et à l'absence d'autorité de régulation avaient découragé les acheteurs et les vendeurs de tester les possibilités du système quoique les ministères aient donné au président de la CRE certaines responsabilités s'agissant de l'accès tarifaire et de la séparation comptable avant que la directive ne soit formellement transposée.

La loi de 2003 sur l'énergie a résolu une grande partie de ces incertitudes. La compétence de la CRE a été élargie en 2003 pour couvrir le gaz en plus de l'électricité. GDF a perdu son statut de monopole sur l'importation et l'exportation. Les trois gestionnaires de gazoducs sont soumis à l'obligation de fournir l'accès aux tiers. Certains utilisateurs supplémentaires ont été autorisés à changer de fournisseur quand la loi est entrée en vigueur. En août 2003, l'ouverture du marché augmentera pour atteindre environ 37 % sur 1200 sites. En juillet 2004, toutes les entreprises pourront choisir leur fournisseur et en 2007 la clientèle des ménages aura accès à la concurrence.

L'instauration de la concurrence dans le secteur du gaz pose des problèmes qui n'existent pas pour l'électricité. En effet la France dépend des importations. Ses sources ont varié, Norvège (29%), les Pays Bas (12%), marché spot ; mais la moitié provient de Russie et d'Algérie. L'approvisionnement fait l'objet de contrats à long terme dont les conditions traduisent davantage la volonté d'assurer des revenus et de récupérer les investissements effectués que de développer la concurrence. La CRE a proposé une structure tarifaire de transport pour permettre un renforcement de la concurrence. Les trois principaux gestionnaires de gazoducs, donc les réseaux auxquels les tiers devront avoir accès à mesure que la concurrence s'intensifiera, sont intégrés à d'autres stades et presque tous sont connectés à GDF. Au titre de la loi de 2003, les opérateurs ont séparé leur comptabilité pour le transport, la distribution, le stockage et le GNL, et ils s'apprentent à séparer les opérations de transport d'ici juillet 2004, échéance fixée par la deuxième directive communautaire sur le gaz. A un moment donné, la CRE a recommandé que GDF mette fin à sa participation dans les deux autres gestionnaires et accroisse aussi l'accès aux terminaux de GNL pour développer la concurrence.

Les motivations dans le secteur du gaz sont les mêmes que dans celui de l'électricité. L'industrie du gaz, comme celle de l'électricité, commence à penser en termes de marché continental. Le président de GDF s'est déclaré prêt à un changement de statut de l'entreprise, et à réunir des capitaux pour appuyer les acquisitions et l'expansion hors de France (Mallet 2002). La Commission européenne a d'ailleurs approuvé en avril 2003 l'achat par GDF d'un producteur allemand de pétrole et de gaz. Pour permettre à GDF de se développer hors de France, le pays a dû ouvrir ses propres marchés.

*Télécommunications*³⁶

France Télécom (FT), le monopole historique, a été privatisé en partie en 1997. L'État détient encore plus de 60 % du capital. Les prix des services universels sont fixés par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie sur la base de propositions du régulateur. Le dégroupage de la boucle locale au 1^{er} janvier 2002 a mis en place les conditions juridiques de la concurrence dans ce secteur.

Le régulateur du secteur, créé en 1997, est l'Autorité de régulation des télécommunications (ART). Le principe de la consultation entre l'ART et le *Conseil* sur les questions et les affaires relatives à la concurrence est énoncé dans le code des télécommunications³⁷. Il n'existe pas de protocole ni d'accord officiel entre l'ART et le *Conseil* sur la répartition de leurs compétences car la loi prévoit une distinction claire entre leurs pouvoirs. Certains types de conflits dans le secteur peuvent être traités par l'un ou l'autre de ces deux organismes. (Les parties pourraient préférer s'adresser à l'ART pour obtenir une décision plus rapide. En effet, celle-ci doit régler les affaires dans un délai de six mois et elle peut souvent le faire dans les quatre mois). Pour que l'application de la réglementation des télécommunications qui reprend les principes de concurrence soit cohérente avec celle des autres secteurs, les recours contre les décisions de l'ART en matière d'interconnexion, d'accès et de d'installation sont portés devant la juridiction qui entend les recours contre les décisions du *Conseil* et de la CRE, à savoir la Cour d'appel de Paris. Toutefois, les parties peuvent aussi saisir le *Conseil* et celui-ci a pris des mesures conservatoires sur des questions de télécommunications. Il a ainsi empêché FT d'utiliser des services groupés à faible coût comprenant le service local, afin que les concurrents éventuels pour le service de la boucle locale aient une véritable chance de pénétrer sur le marché. De plus, le *Conseil* a enjoint FT à s'ouvrir aux fournisseurs concurrents d'accès à Internet, leur permettant de faire des offres pour le haut débit en leur ouvrant l'accès à un circuit virtuel permanent ou à une solution équivalente.

Chemins de fer

Le système ferroviaire reste confié à un monopole d'État, la SNCF. L'idée de la pérennité du monopole est inscrite dans les actes constitutifs, qui sont inchangés depuis 1937. Il sera plus difficile d'encourager l'entrée de concurrents dans les services ferroviaires que cela n'a été le cas pour le transport aérien, car la SNCF ne peut lever elle-même ses capitaux et les actifs qu'elle utilise sont amortis. Elle réorganise actuellement ses activités et ses finances, mais, du moins pour le moment, elle résiste aux changements de grande envergure.

La France n'a pas transposé dans une loi les directives de l'UE. Des mesures du même ordre sont mises en place par décret pour séparer les installations et les activités. Un décret de mars 2003 ouvre la voie à la concurrence pour le transport de marchandises. La propriété des voies et la responsabilité de la gestion de l'infrastructure sont passées en 1997 de la SNCF à une entité comptable, Réseau Ferré de France (RFF). Il n'existe pas de concurrence, ni de concurrents potentiels, pour le transport de voyageurs. Ce service public est en général efficient, quoique la qualité du service souffre des conflits sociaux. La concurrence est faible également dans le transport de marchandises, pour lequel il n'existe pas d'obligation de service public ni d'attente d'une telle obligation. Cette activité est très inefficace ; Dans un cas, à l'évidence extrême, la traversée de la France du nord au sud peut nécessiter quatorze jours, et vingt changements d'équipe et de matériel. L'UE demande l'ouverture à la concurrence pour le fret international sur ce qui est défini comme le réseau ferroviaire européen d'ici 2003 et sur les réseaux des pays membres d'ici 2006.

Les concurrents éventuels trouveront en place une entreprise dont la structure de coûts est allégée et qui est dégagée de ses obligations historiques. Les changements structurels intervenus ont réduit la dette apparente de la SNCF en la transférant à RFF. En 2001, la dette, pour la plupart supportée par RFF, se montait à quelque 40 milliards d'euros. RFF n'est qu'un mécanisme comptable et non une entreprise opérationnelle. RFF paie la SNCF pour assurer les services d'entretien des voies, tandis que la SNCF verse à RFF une redevance d'utilisation. RFF paie davantage pour l'entretien et l'amélioration des voies que la SNCF pour leur utilisation. Les déficits qui en résultent sont comblés par des subventions publiques à RFF. Le coût annuel des subventions et du service de la dette pour les contribuables a été estimé à quelque 10 milliards d'euros par l'organe de tutelle (Mallet 2002).

Les principaux problèmes que pose le service public des chemins de fer tiennent aux préoccupations des localités éloignées des grands axes qui souhaitent conserver le niveau de leur service. On a longtemps affirmé qu'il fallait un monopole national intégré pour subventionner ces services et maintenir des tarifs et des services uniformes malgré les différences de coûts. Pourtant, la SNCF a renoncé à des garanties comme celle d'une fréquence uniforme de trains. A la fin des années 90, plusieurs régions ont négocié avec elle sur le type de service qu'elles voulaient et la façon de le payer. Or, dans ces régions expérimentales, le trafic régional a augmenté presque deux fois plus vite qu'ailleurs. Cette amélioration de la transparence en ce qui concerne les besoins et les coûts représente un pas vers une gestion davantage axée sur le marché. L'expérience a été étendue à tout le pays en 2000. De plus, une certaine concurrence entre l'autocar et le train fait son apparition dans les systèmes régionaux de transport.

*Compagnies aériennes et aéroports*³⁸

Officiellement, les compagnies aériennes et les services aéroportuaires ne sont pas exemptés de la loi sur la concurrence. La plupart des conflits à propos de concurrence dans ces secteurs ont été réglés par le Conseil d'État au motif qu'ils mettent en cause les conditions de fonctionnement du service public, et non par le Conseil de la concurrence au regard d'un souci d'application de la législation de la concurrence. Les services de transport aérien ont donné l'occasion de tracer la frontière entre ces deux juridictions. Les conflits ont porté sur la discrimination pratiquée par le gestionnaire des aéroports de Paris pour l'entretien des pistes et pour les prix des informations sur les vols, qui étaient plus élevés pour les hôtels hors périmètre que pour ceux situés dans le secteur de l'aéroport. Ces affaires ont elles aussi donné lieu à coopération et à consultation entre les deux institutions. Dans une affaire de 1999, Aéroports de Paris avait refusé l'accès à une société de location d'automobiles et le Conseil d'État a demandé au Conseil de la concurrence si les deux principaux aéroports de Paris constituaient deux marchés séparés aux fins de l'analyse. Les fusions dans le secteur de l'aviation civile, y compris les investissements d'Air France ou l'acquisition de transporteurs régionaux, ont été approuvées par le ministre de l'Économie. Le *Conseil* n'a pas été consulté, le ministre ayant jugé que les transactions n'auraient aucun effet sur la concurrence ou que la concurrence potentielle serait suffisante pour contrôler les abus.

Services postaux

Le monopole des services postaux est solidement enraciné. La Poste est le plus grand employeur du pays. La Poste a été créée en 1991 sous la forme d'un « opérateur public indépendant » qui a repris les actifs de l'administration postale de l'État. En tant que tel, elle constitue une personne morale indépendante de l'État. La définition de la part de marché qui lui est réservée est la plus large qu'admet la directive de l'UE. Au lieu d'adopter une nouvelle législation générale pour transposer la directive de 1997 de l'UE, dont la date limite d'application était fixée à février 1999, la France a ajouté des dispositions à la loi sur la régionalisation. L'ouverture du marché a été minime, permettant seulement une certaine concurrence dans les services non réservés de livraison de colis et de courrier express. Les prix (pour les timbres) sont un peu plus élevés que dans les pays plus ouverts à la concurrence, mais ils concordent avec les niveaux moyens appliqués en Europe. Les tâches qui restent à accomplir sont la séparation et la transparence des comptes

pour éviter les subventions croisées. Une séparation comptable est prévue pour 2004. Un médiateur pour les conflits relatifs au service universel a maintenant été nommé (il est rattaché au secrétariat d'État à l'Industrie dans le cadre du MINEFI) pour surveiller le fonctionnement de La Poste. Il n'intervient pas sur les questions financières et économiques, son rôle étant celui d'un facilitateur et d'un ombudsman, et non d'une autorité de décision dotée du pouvoir de prononcer des sanctions ou des injonctions. Le médiateur a été mis en place en réponse à une injonction de la Commission européenne qui a jugé en 2001 que les lois françaises régissant La Poste ne suffisaient pas à empêcher la discrimination contre les entreprises de préparation de courrier qui sont en concurrence avec ses filiales. Un projet de loi soumis au parlement en juillet 2003 définit le service universel, transpose la directive communautaire de mai 2002 concernant les limites du monopole et assigne une autorité réglementaire à l'ART dans ce secteur. Ce projet rend l'ART également compétente en ce qui concerne les règles comptables. La Poste prévoit de publier des comptes consolidés détaillant les résultats de ses diverses activités.

La Poste offre des services non postaux pour des raisons autant sociales que commerciales. Ces fonctions se prêtent elles aussi à des distorsions de concurrence en raison des subventions croisées émanant des activités de monopole protégées. La plus importante concerne les comptes chèques postaux. Trois millions de personnes environ utilisent ces services financiers postaux, surtout celles qui sont trop isolées, trop pauvres ou trop peu fiables (à cause de leur passé financier) pour avoir recours au système bancaire. Cette activité joue un grand rôle en zone rurale. Un examen du Conseil a conclu que 75 % des opérations de guichet dans les zones rurales étaient de type bancaire. Les services financiers représentent environ 25 % des activités de La Poste et plus de 50 % de ses bénéficiaires. Ils représentent quelque 10 % des marchés en cause. La Poste exerce aussi une activité notable, qu'elle a envisagé de développer, dans l'assurance³⁹. Elle bénéficie de plusieurs avantages concurrentiels pour la prestation de ces services. En effet, elle a le plus grand réseau de guichets en France et un personnel "de vente" nombreux, dans la mesure où les préposés peuvent aussi effectuer des paiements, et même vendre des polices et des produits. Elle jouit d'une image publique bien établie, appuyée par la publicité ; en fait, la majorité des publicités de La Poste portent sur ces services financiers. De plus, ses bureaux peuvent offrir un large horaire d'ouverture en raison du caractère de service public inhérent à l'activité postale. Elle est en fait dispensée de respecter les normes de fonds propres qui s'appliquent aux banques (quoiqu'elle soit soumise à certaines règles du secteur financier appliquées aux institutions de dépôt et aux produits financiers) et exemptée de beaucoup de procédures civiles d'exécution. L'OCDE a recommandé de rendre les opérations financières transparentes sur le plan budgétaire pour que l'on puisse déterminer leur coût net. La transparence et la séparation des comptes sont nécessaires également pour empêcher les abus dus aux subventions croisées.

Activités bancaires et autres services financiers

Le secteur bancaire n'est pas exempté de la loi sur la concurrence. La décision du *Conseil* sur le "pacte de non-agression" des banques a permis de clarifier ce point. Toutefois, le *Conseil* doit coordonner ses actions avec le régulateur du secteur. Les plaintes doivent être transmises à la Commission bancaire⁴⁰. Si le *Conseil* décide d'imposer des sanctions, et si ce faisant il ne suit pas l'avis de la Commission, il doit exposer les raisons pour lesquelles il s'en est écarté. Dans le cas du pacte de non-agression, la Commission bancaire a avisé le *Conseil* qu'elle n'avait pas de preuves d'un accord national ou d'entraves à la concurrence, et fait observer que les marges bancaires s'étaient érodées au cours de la période en question. Cette position n'a pas convaincu le *Conseil* d'abandonner l'affaire. Selon lui, le fait que les banques se faisaient concurrence pour de nouveaux clients ne justifiait pas le refus de se faire concurrence pour les clients existants, et les difficultés financières du secteur ne justifiaient pas les pratiques anticoncurrentielles.

Les fusions bancaires font maintenant l'objet de la surveillance normale au titre de la politique de la concurrence. Avant août 2003, elles n'étaient pas soumises au contrôle du ministre⁴¹, mais seulement à celle du régulateur des banques. Le Conseil d'État avait jugé auparavant en 2003 que le régulateur bancaire

ne pouvait pas imposer des conditions visant à préserver la concurrence quand il approuvait une fusion. Il est arrivé à cette conclusion en analysant les relations logiques entre la réglementation bancaire et la loi sur la concurrence pour déterminer quelles dispositions de cette dernière s'appliquent aux banques. L'absence corrélative de surveillance par la politique de la concurrence a été rapidement comblée par la nouvelle loi concernant le secteur financier qui dispose que le régime commun de contrôle au titre de la politique de concurrence s'applique aussi aux fusions dans ce secteur.

Médias

Les fusions dans le secteur des médias sont soumises aux règles générales en matière de fusion. En outre, elles peuvent être examinées par le régulateur, le CSA (*Conseil supérieur de l'audiovisuel*), qui est concerné dans la mesure où elles affectent les questions d'expression des opinions, de diversité des contenus et de concentration à l'intérieur d'un secteur audiovisuel ou entre plusieurs secteurs. Le CSA doit être consulté pour les fusions dans le secteur audiovisuel qui arrivent à la phase II⁴². Le CSA dispose d'un mois pour donner son avis. La DGCCRF serait concernée indépendamment du CSA dans la mesure où la fusion affecterait les marchés liés comme la publicité, les sports, les droits de diffusion des films, la capacité des satellites ou leur accès. Le *Conseil* a compétence pour examiner les plaintes pour abus de position dominante dans ce secteur, mais il consulte le CSA quand elles lui sont soumises.

Livres

Les éditeurs peuvent fixer le prix de détail des premières éditions⁴³ et les détaillants ne peuvent pas appliquer de rabais supérieurs à 5 % (avec quelques exceptions, notamment les livres scolaires). La règle du prix unique national a pris sa forme actuelle dans la loi Lang de 1981. Elle est assortie d'amendes sur plainte de concurrents, d'associations professionnelles, d'auteurs et d'organisations d'auteurs, ou de groupes de consommateurs. Elle constitue une exemption à la règle générale d'interdiction des prix imposés. Les autorités publiques françaises entendent préserver le système national existant.

Les exemptions, sous une forme ou sous une autre, à l'interdiction des prix imposés ne sont pas rares. Le principe a été admis par le Cour européenne de justice (en 1985) dans la mesure où l'exemption n'entrave pas le commerce entre les pays membres. Plusieurs autres pays européens ont un système de prix unique, fixé par la loi, que bien entendu les éditeurs soutiennent. Toutefois, les autorités de la concurrence de l'UE sont plus circonspectes s'agissant de leurs effets sur le commerce entre les pays membres.

L'argument utilisé pour justifier l'exemption est le refus de considérer le livre comme un produit commercial comme un autre. Trois objectifs sont généralement présentés. Deux d'entre eux concernent les imperfections éventuelles du marché dues à la nature de l'offre et de la demande de biens culturels : il s'agit de préserver un circuit dense et diversifié de distribution composé de librairies traditionnelles indépendantes et de contribuer à la variété de l'écriture et de l'édition, en particulier à la publication des ouvrages difficiles peu vendus mais de haute qualité. Le troisième objectif, à savoir que tous les citoyens paient le même prix dans tout le pays, semble fondé sur une certaine idée de l'égalité démocratique, selon laquelle les citoyens doivent être égaux devant le livre, et aussi sur la conviction que cela va stimuler la lecture. Le parlement s'est évidemment préoccupé du risque que, en l'absence de règle d'uniformité, le marché ne soit dominé par un petit nombre de distributeurs homogènes, dont les prix bas réduiraient les marges des éditeurs et des auteurs. Il a peut-être craint aussi les effets de l'opportunisme des consommateurs, qui s'informeront auprès d'un libraire professionnel pour acheter ensuite le livre dans une grande surface.

Ce système constitue une dérogation à la liberté des prix et aux règles de concurrence qui s'appliquent à l'achat et à la vente des autres produits. Il vise un résultat qu'autrement la législation de la concurrence interdirait aux parties de viser à travers un accord vertical. Il n'élimine pas totalement la concurrence, cependant étant donné qu'il s'applique uniquement dans le sens vertical. Les accords

horizontaux entre éditeurs ou entre libraires seraient encore soumis aux interdictions visant les accords restrictifs et l'abus de position dominante. La France a soutenu que, dans la mesure où il n'y a pas d'obstacles importants à l'entrée dans l'édition, la distribution ou la vente au détail, la concurrence horizontale serait suffisamment forte et les restrictions verticales dans la chaîne de distribution ne pourraient vraisemblablement pas diminuer le bien-être des consommateurs. Ces restrictions pourraient au contraire accroître l'efficacité.

Toutefois, une analyse en théorie montre que ces restrictions pourraient avoir des effets qui sont en contradiction avec les objectifs visés. Si l'on supprime la concurrence sur les prix de détail, afin de soutenir les petits libraires peu efficaces, cela tend à réduire les ventes globales, donc à diminuer la lecture au lieu de l'encourager. Quant à savoir si le système de prix uniformes et contrôlés par les éditeurs protège les petits commerces et offre une subvention aux livres qui sont achetés par un petit nombre de lecteurs, cela dépend de certains éléments concernant la nature différente de la demande de littérature populaire et d'ouvrages pour initiés. L'analyse économique montre que la règle du prix imposé pour les livres augmente le nombre d'ouvrages publiés, mais que les prix sont plus élevés, surtout pour les livres qui se vendent moins vite, et que par conséquent les ventes diminuent. On pourrait considérer les prix plus élevés qu'en régime de concurrence comme équitables si la plupart des acheteurs d'ouvrages difficiles étaient des lecteurs à haut revenu. Les ventes inférieures à celles de pleine concurrence pourraient être acceptables pour les auteurs et les éditeurs s'ils avaient d'autres sources de revenu, ou s'il était plus important pour eux d'avoir beaucoup de bonnes critiques que de nombreux lecteurs. Le soutien que l'absence de rabais sur les livres à gros tirage peut apporter aux petites librairies et aux ouvrages difficiles dépend de l'élasticité prix relative des titres qui se vendent bien et de ceux qui se vendent mal. Certains gros tirages peuvent avoir un effet d'entraînement qui rend inélastique la demande dont ils font l'objet. Les ventes très rentables de ces titres appuieraient donc l'argument classique en faveur du système de subventions croisées. En revanche, si la demande de gros tirages a une élasticité prix beaucoup plus forte que celle des ouvrages pour initiés, l'argument habituel en faveur du contrôle des prix, à savoir que les livres à succès subventionnent les autres, n'est pas fondé. Au contraire, la généralisation du prix imposé a le même effet de réduction de la production que le monopole, mais ce sont les ouvrages de haute culture pour initiés qui sont les plus soumis au pouvoir de marché. Si le problème tient à une double marginalisation – pouvoir de marché et prix uniformes à chaque niveau – la meilleure solution serait l'engagement de pratiquer un prix de vente maximum au lieu d'un prix imposé ou minimum. Le plafonnement des prix suffirait à engendrer pour l'ensemble du système des bénéfices qui encourageraient l'entrée et peut-être subventionneraient la publication de titres plus risqués. La théorie peut expliquer la pratique souvent observée du prix minimum par la volonté des détaillants en place de décourager l'entrée de nouvelles formes de distribution.

Pourtant, l'expérience de la loi Lang montre qu'elle n'a pas empêché l'apparition de nouveaux systèmes de distribution. Le nombre d'éditeurs en France est resté stable, à près de 500, dont seulement 20 environ font un chiffre d'affaires de plus de 40 millions d'euros. La loi a maintenu en vie quelques maisons qui auraient sinon disparu, mais la concentration dans l'édition a en fait augmenté quelque peu. Pourtant, en 1997, les quinze principales maisons ne réalisaient que 55 % des ventes. (Ce chiffre a peut-être augmenté depuis. Quand le deuxième éditeur français a annoncé son projet d'acheter la première maison en 2003, l'UE a ouvert une enquête en bonne et due forme et la DGCCRF a elle aussi demandé d'examiner l'opération car elle se préoccupait de ses effets sur l'édition et la distribution en France). Le marché du détail s'est diversifié. Les grandes surfaces ont gagné du terrain, les librairies traditionnelles ont conservé plus de 65 % des ventes et les ventes par correspondance sont restées stables, tandis que les ventes globales ont progressé. La créativité se porte bien, étant donné que le nombre de nouveaux titres et celui des titres en vente ont tous deux augmenté (les nouveaux titres de 25 600 en 1981 à 39 500 en 1991 et 54 400 en 2001 ; les titres en vente de 354 900 en 1981 à 376 100 en 1991 et 464 000 en 2001). Comme le prédit le modèle économique, il y a eu plus de titres mais moins de ventes à cause des prix plus élevés et le tirage moyen a diminué (passant de 13 500 à 9 500 entre 1981 et 1991). Néanmoins, les ventes globales de livres ont augmenté.

L'expérience de la France permet de tester les effets des contrôles verticaux des prix sur les biens culturels, parce qu'elle n'applique pas les mêmes règles aux livres et aux disques. Le prix imposé vaut pour les livres, mais il n'est pas autorisé pour les disques. Sur ce dernier marché, l'activité est concentrée entre sept grands producteurs. La plupart des ventes sont effectuées pour les vingt-cinq pour cent de disques qui sont en tête de liste grâce à leur fortes dépenses de promotion, et les prix élevés sont censés s'expliquer par la nécessité de payer ces coûts élevés. La moitié des ventes de CD sont le fait des grandes surfaces, qui généralement n'offrent qu'un dixième de la gamme de titres que proposent les magasins et chaînes spécialisés. Certes, la situation des ventes de CD s'explique par le caractère éphémère de la popularité des vedettes, mais elle est peut-être due aussi au fait que les détaillants s'adaptent au refus des producteurs d'accepter les retours de disques invendus. Cette pratique fait apparaître une distinction importante entre les deux marchés. Dans beaucoup de pays, y compris en France, ce sont les éditeurs de livres et non les détaillants qui supportent la plus grande part du risque pour un nouveau titre, étant donné que les éditeurs acceptent en général les retours des nouveaux livres, surtout en édition normale, à un prix égal ou proche du coût.

Cette anomalie dans le traitement des biens culturels nécessite une justification. La DGCCRF a organisé en octobre 2001 un séminaire sur la concurrence et les produits culturels afin d'étudier ces questions. La France possède un grand nombre de contrôles et de règles d'exception dans ce domaine, comme les quotas de production de films, les règles spéciales pour les fusions, et les subventions et redevances publiques. Pour les responsables de la concurrence, la question conceptuelle intéressante est de savoir si les produits culturels, envisagés dans un contexte de marché, présentent des caractéristiques particulières qui peuvent expliquer le traitement différent dont ils doivent bénéficier. Ce sont des biens "d'expérience", dont on ne connaît souvent pas la qualité avant de les consommer. Les consommateurs demandent à la fois la familiarité et la nouveauté, combinaison qui ne permet pas aux producteurs de prévoir l'évolution du marché. Cette combinaison implique aussi un rythme rapide d'innovation et un risque d'échec élevé. Comme certains autres secteurs qui posent un problème à l'analyse classique, la production de biens culturels comme les livres comporte des coûts fixes relativement élevés, mais un coût marginal presque inexistant. La coordination le long de la chaîne de la distribution peut donc se justifier par la volonté d'étaler les risques et de soutenir l'innovation que réclament les consommateurs. Pour les responsables de la culture, le traitement spécial est justifié par la volonté de promouvoir la culture et la qualité. Ils craignent que les marchés concurrentiels n'aboutissent à une uniformité qui éliminerait la diversité culturelle et la qualité, quelle que soit la définition qu'on en donne. Un examen critique des instruments de l'exception culturelle, s'appuyant par la compréhension des mécanismes du marché, pourrait les rendre plus efficaces. Cet examen pourrait aussi permettre d'éviter l'apparition d'effets pervers en imposant des limites aux règles qui protègent les industries culturelles contre l'innovation.

Services professionnels

Dans certains secteurs, des règles protègent ou à l'inverse prescrivent des pratiques anticoncurrentielles de la part des prestataires de services professionnels. Par exemple, les honoraires des médecins, des dentistes, des sages-femmes et du personnel paramédical sont généralement administrés et fixés par accord entre leurs associations et les caisses d'assurance-maladie. Pour les médecins, et notamment les spécialistes, une partie minoritaire des praticiens bénéficie de la possibilité de fixer librement ses honoraires. Il existe des règles contrôlant la publicité pour les avocats et les comptables comme les professionnels de la santé. Comme ces interdictions s'appuient sur des règles édictées par l'autorité publique, le *Conseil* n'a guère de possibilités d'intervention contre les restrictions anticoncurrentielles qu'elles comportent.⁴⁴ Il s'est pourtant efforcé de maintenir les associations professionnelles dans les limites de leur mission d'intérêt public. Ainsi, le *Conseil* s'est attaqué à l'association des pharmaciens en raison d'un boycott visant à empêcher le développement d'un service de livraison à domicile. L'une des cibles qu'il vise depuis des décennies est la pratique des honoraires recommandés. Le prédécesseur du *Conseil*, la Commission de la concurrence, avait pris en 1979 des

mesures contre un système d'honoraires recommandés appliqué par le barreau de Paris. Tout en reconnaissant que ces recommandations n'avaient pas un caractère contraignant, le *Conseil* les a cependant annulées au motif qu'elles ont pour effet ou pour objectif de restreindre la concurrence entre les membres en les décourageant de fixer leurs honoraires en fonction des coûts et des stratégies de chacun. La Cour d'appel de Paris a régulièrement confirmé la décision du Conseil sur ce point, en repoussant les arguments traditionnels invoqués par les professions libérales.

Commerce de détail

Les grandes surfaces sont soumises à un ensemble de réglementations qui ont pour objet de préserver les plus petits commerces face à la grande distribution, mais qui ont eu probablement l'effet involontaire de réduire la concurrence entre les grandes surfaces en protégeant celles qui existent de toute nouvelle concurrence. Les règles visent notamment à promouvoir le commerce de proximité et la diversité de l'offre commerciale, et à éviter les effets de domination des grands groupes de distribution. Cette législation a aussi pour objectif de limiter les externalités négatives associées à un développement désordonné de la grande distribution : dépérissement des activités économiques dans les petites villes, engorgement des axes routiers dans les zones urbanisées ; concurrence fiscale entre collectivités territoriales. En vertu de la loi Raffarin (et suite à des mesures analogues mises en place depuis 1974), la création de grandes surfaces (3 000 mètres carrés) doit être approuvée par une commission départementale composée en majorité d'élus, sous le contrôle d'une autorité administrative indépendante. Il existe une possibilité d'appel au niveau national. La loi n'oublie pas la concurrence. Les candidats à l'entrée peuvent appuyer leur demande d'opérer en montrant que la concurrence dans la zone est insuffisante. Les autorités françaises ont fait valoir que ce dispositif permet d'encadrer le développement de la grande distribution tout en permettant l'ouverture de près de 3 millions de m² de surfaces commerciales par an. Néanmoins, la loi constitue un obstacle à l'entrée dont il faut tenir compte quand on examine les questions de concurrence, comme les fusions, dans la vente au détail et la fourniture des biens proposés par les grandes surfaces. Une autre mesure, qui exerce elle aussi un effet d'étranglement, interdit aux grands distributeurs de faire de la publicité à la télévision. Cette interdiction les préserve de la tentation de livrer bataille sur ce terrain. Les autorités françaises ont mis au point un calendrier pour abolir cette interdiction.

Les officines de pharmacies sont soumises au contrôle de leur implantation et de leur fonctionnement. L'agrément ne suppose pas la prise en compte explicite d'une préoccupation « de besoin non couvert », une norme qui pourrait être utilisée pour empêcher la concurrence. L'agrément se fonde sur la population desservie, cependant, la France se considère maintenant en surcapacité d'officines avec moins d'habitants par pharmacie que dans certains autres pays européens. La loi pour contrôler le nombre de pharmacies a pour but de maîtriser les dépenses de santé.

Sensibilisation à la concurrence dans la réforme réglementaire

Il existe deux instruments d'analyse et de sensibilisation pour les questions de concurrence dans le processus législatif. La DGCCRF participe à l'examen interministériel des propositions de toute nature⁴⁵. En outre, le *Conseil* doit être consulté sur les propositions qui tendraient à contrôler les prix ou à restreindre la concurrence, à savoir tous les projets de réglementation visant à établir un régime dont l'effet direct serait d'imposer des restrictions quantitatives à l'accès au marché ou à l'entrée dans une profession, d'instaurer des droits exclusifs dans certaines zones ou d'imposer des pratiques uniformes pour le prix ou les conditions de vente (article L. 462-2). Le *Conseil* peut aussi être consulté sur toutes les questions de concurrence par le gouvernement, les commissions parlementaires et les autorités régionales, ainsi que par les associations professionnelles, les chambres de commerce et les organismes privés analogues agissant dans l'intérêt de leurs membres.

Pour répondre à des requêtes de ce type, le *Conseil* a émis des dizaines d'avis pendant la dernière décennie. Beaucoup portaient sur des plans de restructuration et d'ouverture à la concurrence des industries de réseau, notamment sous l'angle de l'application des directives de l'UE. Les consultations du *Conseil* ont augmenté régulièrement, passant de 12 en 1991 à 35 en 2000, avant de retomber à 26 en 2002. L'une des raisons de cette diminution est la réduction du nombre de fusions qui lui sont soumises ; le *Conseil* ne s'implique dans le processus d'examen des fusions qu'en réponse à une demande de consultation. En 2000, il a été consulté trois fois par le Conseil d'État sur la fixation des prix dans des situations de monopole ou de pénurie (consultations prescrites par l'article L. 410-2), mais aucune consultation n'a eu lieu en 2002. Près de la moitié des consultations consistent habituellement en demandes générales d'avis sur les questions de concurrence. Les tribunaux peuvent demander l'avis du *Conseil* sur des pratiques anticoncurrentielles dont ils sont saisis. Le *Conseil* reçoit habituellement aussi plusieurs demandes d'avis de l'ART et de la CRE. Les analyses des politiques et les avis relatifs aux secteurs de service public portent souvent sur le risque que des subventions croisées ne fausse la concurrence.

Les autorités ont eu souvent l'occasion d'examiner des plaintes et des préoccupations au sujet de subventions croisées dans le secteur de l'électricité. Au début, en 1994, il s'agissait d'activités du fournisseur monopoliste sur des marchés complémentaires qui étaient concurrentiels et les avis portaient sur la séparation structurelle et la transparence. L'affiliation à un monopole historique peut donner à une entreprise des avantages d'accès au capital et aux consommateurs du fait de l'existence d'un réseau national et de l'image de service public dont elle bénéficie. Pour veiller à ce que les filiales fonctionnent dans des conditions comparables à celles des entreprises privées en concurrence, le *Conseil* a demandé le regroupement de tous les services diversifiés dans une société holding à capitaux privés, chacune des activités étant dotée du statut de personne morale et d'une autonomie juridique, physique et comptable vis-à-vis de la société mère, et tout transfert entre elles, qu'il soit physique ou financier, étant suivi attentivement pour vérifier que la filiale ne tire aucun profit particulier des bénéfices monopolistes de la société mère. Celle-ci ne doit ni certifier ni prescrire les produits ou services de ses filiales. La complète séparation est nécessaire étant donné que la possibilité de soutenir les activités déficitaires par les bénéfices du monopole pèserait sur le marché concurrentiel et le fausserait. Ces principes ont été appliqués dans des conflits à propos de services comme l'éclairage public et son entretien. Le *Conseil* a jugé que la soumission très basse d'EDF pour des contrats municipaux à long terme d'entretien renouvelables constituait un abus, mais il ne s'est pas opposé à ce que la société accorde un soutien aux frais généraux d'une autre filiale contractante pour le démarrage de son activité. A titre de précaution, le *Conseil* a décrit comment le regroupement de l'énergie et d'autres services dans la même offre pouvait violer plusieurs aspects de la loi sur la concurrence et averti que les achats centralisés d'EDF et de ses filiales pourraient aussi dissimuler des subventions croisées.

Quand les mêmes problèmes se sont posés à propos de la mise en œuvre de la directive de l'UE visant à libéraliser plus largement le secteur, l'attention s'est centrée sur les considérations financières. Lorsque la structure du secteur a été élaborée en 2000, le gouvernement a demandé au *Conseil* son avis sur la délimitation des activités des nouveaux organismes en matière de transport, de distribution et de production. Le *Conseil* a constaté des lacunes dans les propositions de séparation présentées par EDF. Il était essentiel que les relations entre les activités qui devaient faire l'objet d'une séparation soient régies par des protocoles clairs. Or, dans les propositions d'EDF, l'énumération des protocoles n'était pas assortie de commentaires ou d'explications. Seule la distribution devait être soumise à une comptabilité séparée. Néanmoins, le *Conseil* a émis quelques observations quant à la nécessité de doter de ressources et de pouvoirs suffisants l'organisme de transport et de séparer la fonction de distribution, à savoir la livraison, de la fourniture et des ventes. Le fondement financier de la restructuration devait jouer un rôle critique. En effet les bilans d'ouverture pouvaient constituer une source importante de subventions croisées. Si la séparation des comptes était effectuée judicieusement, il serait impossible de transférer les anciens bénéfices de monopole à une nouvelle société concurrentielle, ni d'utiliser les profits à venir sur la fonction de transport pour soutenir ou subventionner la production. D'un autre côté, les distorsions affectant

l'équilibre entre actif et passif pourraient avoir un effet structurel en augmentant les coûts et les prix du transport et en abaissant ceux de la production. Le bilan de l'entité chargée du transport devait être suffisamment solide pour lui assurer une gestion et un financement indépendants. Les comptes devaient faire apparaître séparément les coûts de la fourniture aux clients du service concurrentiel et aux clients qui étaient encore servis par le monopole. En ce qui concerne l'identification et la régulation des coûts de la fourniture du service public, le *Conseil* a émis des réserves sur le plan d'EDF, parce qu'il ne définissait pas clairement les tarifs internes qu'EDF paierait à RTE pour la livraison d'électricité. La CRE se préoccupe depuis sa création de la vérification des comptes de RTE et de la fixation de ces tarifs.

Le *Conseil* a été consulté sur les solutions qui s'offraient pour transposer la directive communautaire de juin 1998 sur le gaz. Son avis a été publié en mars 2001 avec d'autres contributions dans le livre blanc du ministère de l'Économie sur l'avenir du secteur du gaz en France. Étant donné que les problèmes techniques de transport sont beaucoup plus simples que dans le cas de l'électricité, le *Conseil* a conclu que la dissociation dans chacune des trois sociétés de l'activité de transport, dont la comptabilité serait séparée et dont la direction aurait interdiction de partager avec les responsables de l'approvisionnement de la même société les informations commercialement sensibles sur les clients concurrentiels du transport, donnerait une assurance suffisante contre les discriminations anticoncurrentielles. L'avis du *Conseil* rejetait aussi les arguments selon lesquels l'accès au stockage était nécessaire pour que les entreprises tierces puissent faire face aux variations saisonnières de la demande des clients industriels. Refuser aux tiers l'accès au stockage signifie qu'ils ne pourront pas offrir la même qualité de service que les sociétés de gazoducs et leurs filiales et qu'ils pourront seulement servir les clients dont le profil de la demande est gérable et prévisible. Sous l'angle commercial, cependant, il est peut-être vrai que les fournisseurs concurrentiels préfèrent la clientèle des grosses entreprises industrielles ou commerciales à celle des ménages, qui sont moins capables de gérer les variations saisonnières. Le *Conseil*, plutôt que d'énoncer prématurément une règle générale, avait l'intention d'étudier le comportement du marché et de traiter les plaintes contre les refus effectifs d'accès au stockage quand elles se présenteraient. Le régulateur a de toute évidence tiré depuis les leçons de l'expérience. La CRE recommande maintenant que l'accès transparent et non discriminatoire à la capacité de stockage (qui est actuellement presque entièrement contrôlée par GDF) soit considéré comme un complément nécessaire de l'accès des tiers au réseau.

Dans les télécommunications, au début de la régulation en 1997, le *Conseil* a formulé essentiellement la même analyse des risques inhérents à la combinaison d'activités concurrentielles et monopolistes que celle qu'il a faite dans d'autres secteurs d'infrastructure confrontés aux mêmes problèmes. Les moyens de financement des services concurrentiels allaient exercer une influence déterminante sur les marchés libres, en l'occurrence principalement celui de la téléphonie mobile. Les risques étaient accrus par l'ampleur de l'investissement nécessaire pour le réseau. Le *Conseil* a noté alors que l'absence d'investisseurs privés dans FT risquait de relâcher les contraintes de rentabilité dans ses activités. Comme FT fonctionnait dans ces secteurs par l'intermédiaire de divisions ou filiales intégrées, on ne pouvait pas exclure l'apparition de subventions croisées. Le *Conseil* a admis que la séparation comptable des activités concurrentielles, imposée par le ministre, offrait une certaine assurance contre les transferts de fonds ou de ressources qui pourraient fausser la concurrence. Toutefois, il a également considéré comme souhaitable de viser la séparation juridique complète.

Après la création de l'ART, le *Conseil* a commencé à lui rendre des avis sur des questions comme l'identification des opérateurs qui exerçaient une influence notable sur le marché. Le gouvernement a demandé l'avis du *Conseil*, par exemple sur la procédure d'examen des prix de détail de FT pour les appels à d'autres opérateurs de boucles locales. Ainsi l'analyse faite par le *Conseil* du projet de FT visant à instaurer des services combinés pour les clients à sites multiples montre qu'il équivalait à une vente liée exclusive par une entreprise dominante. Le *Conseil* a souligné les éléments qui étaient de nature à décourager les clients de s'adresser aux concurrents de FT, comme la durée indéterminée, la pénalité pour résiliation anticipée du contrat et le rabais de fidélité. Le *Conseil* a recommandé de séparer les offres tarifaires entre services intérieurs et extérieurs et de supprimer le rabais de fidélité.

Le *Conseil* a publié en 1996 un rapport sur les activités financières du service postal comme suite à une demande de l'Association française des banques. La volonté de conserver une seule entité pour La Poste, combinant services postaux et financiers, rend difficile l'identification et la séparation de leurs coûts communs. L'obligation imposée par la loi de couvrir tout le territoire national, y compris les zones rurales excentrées et les banlieues difficiles, pourrait être interprétée dans l'analyse comme un service séparé, ou être exclue du calcul des coûts liés à la distribution du courrier et à la fourniture des services financiers, ce qui aurait diverses conséquences pour déterminer si les services financiers sont subventionnés par les activités de monopole. La structure unitaire rend difficile et contestable toute analyse de la répartition des coûts *pro forma*. Toutefois, le rapport du *Conseil* reconnaît que le fait de placer les activités financières dans une filiale séparée se heurterait à des difficultés, compte tenu surtout du statut des salariés concernés. Il remarque aussi que les futures obligations considérables de La Poste au titre des retraites constitueraient un handicap dans un environnement concurrentiel. On pourrait régler ce problème au moyen d'une formule similaire à celle qui a été utilisée pour France Télécom, qui est passée du statut d'administration publique à celui de société anonyme.

Les consultations ont examiné les points critiques de la réforme. Le message principal, constamment répété dans l'avis du *Conseil*, est que la protection la plus sûre contre les distorsions est la séparation claire des fonctions monopolistes et des activités concurrentielles. La France a suivi cet avis à travers des mesures de séparation administrative et comptable, plutôt que de séparation structurelle.

Conclusions et mesures envisageables

A partir de "l'année de la concurrence", il y a vingt ans, la France a fait des progrès notables. Dans l'application de la loi, la remise en cause réussie d'une restriction horizontale touchant tout le secteur bancaire démontre ce dont les institutions sont capables. Cette action a en effet nécessité un processus complexe et délicat de recherche de la preuve pour établir l'existence même d'une restriction et évaluer ses effets. Elle a abouti à une forte amende, qui correspondait au montant de celles qui frappent les ententes horizontales dans les autres grands pays d'Europe et d'ailleurs. Cette amende était de beaucoup supérieure à toutes celles qui avaient été imposées en France jusque-là. La France a depuis pris d'autres mesures pour renforcer son système d'application de la loi, rendre obligatoire la notification des fusions, organiser l'échange d'informations confidentielles avec les autorités d'exécution étrangères et faciliter la clémence en accordant l'immunité.

Les défis de la réforme structurelle sont bien pris en compte. Le risque de subventions croisées qui faussent la concurrence constitue toujours le principal problème pour la politique de la concurrence et il est particulièrement aigu du fait que les services sont fournis par le biais de structures intégrées. Il a fait l'objet d'une grande attention, au moins au niveau de la théorie et du principe. Le *Conseil* a fréquemment donné des avis judicieux sur cette question à propos des programmes de restructuration et de réforme. Des régulateurs sont désormais en place dans les secteurs clé des télécommunications et de l'énergie pour surveiller la séparation comptable et managériale au sein des structures intégrées de ces secteurs et garantir l'accès non discriminatoire au réseau à mesure que la concurrence s'installera. La coordination de l'action de ces régulateurs sectoriels indépendants avec l'application de la loi sur la concurrence via le *Conseil* n'a soulevé aucune difficulté jusqu'à présent. En ce qui concerne l'un des régulateurs, la CRE, les lois en vigueur cherchent à réduire la portée des éventuels conflits de compétence, afin qu'en principe un seul des deux organismes soit compétent. Quant à l'autre régulateur, l'ART, les textes ne sont pas aussi clairs. Toutefois, les actions des trois autorités indépendantes ont en général été cohérentes. L'expérience de la France montre que pour éviter les conflits entre régulateurs, la détermination d'objectifs et de perspectives communs vaut mieux que le recours à des protocoles formels.

Dans les secteurs de service public, les possibilités de concurrence en France sont actuellement plus grandes que beaucoup veulent bien l'admettre. Pourtant elles pourraient, ou devraient, être encore développées. La mise en œuvre des directives de l'UE a été prudente et a pris parfois des voies détournées. Elle s'est révélée tardive dans le secteur de l'électricité. La marge de changement dans ce domaine est plus limitée et la France demeure le plus concentré des marchés parmi les grands marchés d'Europe. Elle a été tardive aussi pour le gaz, et le changement y a été également formel, dans la mesure où tous les concurrents importants sont liés au monopole historique. La restructuration des chemins de fer a surtout consisté à transférer radicalement la dette, solution qui écartera les menaces visant l'entreprise en place quand la concurrence pourra fonctionner au niveau européen. Quant au système postal, le changement s'est limité à une adaptation à des exigences moins strictes tout en conservant des activités auxiliaires. Des régulateurs compétents sont en place pour les secteurs de l'énergie et des télécommunications, mais pas pour ceux de la poste ou du transport (quoique le régulateur des télécommunications doive se voir conférer la responsabilité des services postaux également). En France, la réforme structurelle suit généralement les grandes lignes des directives de l'UE, mais elle tarde à les incorporer dans son intégralité.

Cette stratégie indirecte semble néanmoins fonctionner. La tendance à l'approximation et à la temporisation se manifeste par des habitudes comme le retard dans la transposition des directives en droit interne tout en s'approchant de leurs objectifs dans la pratique par la mise en place d'une séparation comptable et des activités au lieu d'une scission structurelle des entités, et par des incitations et l'introduction d'une certaine dose de capitaux privés en conservant le contrôle de l'État. Si le but visé consiste à s'adapter à des conditions de marché plus concurrentielles en Europe, alors une stratégie ménageant divers types d'intérêts contradictoires pourrait créer une mobilisation en faveur de changements plus profonds. La satisfaction du public devant les changements dans un secteur pourrait soutenir le changement dans les autres. De plus, la prudence de la démarche assurerait contre le risque que l'échec dans certains secteurs ne mine les efforts de changement dans d'autres. En effet la réaction du public en cas d'échec serait vraisemblablement vive et contagieuse. C'est pourquoi il est peut-être judicieux de procéder par petits pas, mais les petits pas n'amènent qu'à des changements lents. Or le processus de réforme en France a été beaucoup plus lent que dans d'autres pays d'Europe et elle a encore du retard dans certains domaines. Il se peut que les objectifs des directives de l'UE aient été trop ambitieux, mais beaucoup de pays les ont atteints ou même dépassés. Il est possible que les structures des administrations et des entreprises françaises soient inhabituellement difficiles à changer ou que le gouvernement français cherche à apprendre en observant l'expérience des autres. Toutefois, il est à craindre que cette stratégie de temporisation ne soit mal interprétée. Certains pourraient y voir une tentative de préservation des intérêts en place.

La crainte qu'une réforme trop profonde ou trop rapide ne mette en danger les bienfaits acquis est sans aucun doute légitime. Exercer des activités complémentaires et préserver des ressources stables à même d'orienter et de financer des changements de grande ampleur ou les externalités positives dues aux retombées technologiques de l'organisation centralisée peut créer certaines efficiences dynamiques. Le souci de sécurité de l'approvisionnement peut nécessiter une approche prudente, et non le bouleversement de systèmes qui semblent avoir bien fonctionné jusqu'à ce qu'il apparaisse clairement que les solutions de remplacement fonctionnent au moins aussi bien. Les services qui dépendent beaucoup des importations, comme celui du gaz naturel, posent des problèmes particuliers de sécurité d'approvisionnement. Il faut aussi planifier avec soin les moyens d'organiser l'entretien et l'investissement pour les infrastructures physiques. Toutefois, la principale raison de la résistance aux changements de grande ampleur, particulièrement à la séparation structurelle et à l'entrée de capitaux privés, tient à la préservation des droits des travailleurs dans les secteurs concernés. L'hésitation à aller jusqu'à la séparation formelle et à l'introduction ou même au contrôle de capitaux privés s'explique par la réticence à menacer les statuts spécifiques et privilégiés du personnel de ces entités.

L'attachement à une conception large du service public justifie une approche prudente du changement. La France utilise à présent des méthodes classiques pour soutenir les services universels ou vitaux. Pour l'électricité, par exemple, elle élimine actuellement les subventions croisées dissimulées qui sont liées à cet aspect du service. Désormais la péréquation et la compensation sont financées par des charges bien identifiées, valables pour tout le secteur, et fixées par le régulateur dans ce but. En fait, en raison d'une attente largement partagée du public à l'égard d'une couverture large et d'une égalité de traitement, la France adopte généralement une définition généreuse du service qui doit être fourni dans des conditions uniformes sur tout le territoire. Cette conception large donne à penser que toutes les subventions croisées ne sont pas encore identifiées. La conviction qu'il faut préserver le service public est inébranlable et la réforme ne peut ignorer l'impératif politique qui en découle. Mais le débat public à ce sujet ne peut pas être transparent à moins de faire clairement apparaître les coûts de ce système autant que ses avantages.

Certains des coûts et des avantages ne concernent pas seulement la France. Le *Conseil* assure que, lorsqu'il applique les règles du traité de l'UE, il étudie leurs effets sur la concurrence dans les autres pays d'Europe et le régulateur de l'énergie souligne que son approche de la régulation n'est pas nationale mais européenne. Pourtant, d'autres pays qui ne partagent pas les idées de la France sur l'équilibre des coûts et des avantages que procure l'intégration des activités concurrentielles et monopolistes refusent d'envisager que les bénéfices d'un monopole protégé puissent permettre à l'entreprise d'entrer sur d'autres marchés. Les motifs d'inquiétude que pourraient avoir les consommateurs ou les producteurs de ces pays peuvent dépendre des modalités de l'entrée, selon qu'elle se fait par acquisition ou par vente directe concurrentielle du service en question. Si les subventions impliquaient un prix plus élevé pour l'acquisition, les anciens propriétaires sur le marché étranger y gagneraient; si elles impliquaient une baisse du prix des services, les gagnants seraient les consommateurs de ce marché. Les inquiétudes suscitées par l'entrée d'entreprises extérieures sont peut-être dues uniquement à la crainte que, dans une situation de crise ou de pénurie, le propriétaire étranger, sans tenir compte de ses engagements contractuels, ne déplace ses ressources à l'avantage du pays où les électeurs, donc le gouvernement, peuvent se faire entendre des dirigeants de l'entreprise. Certains gouvernements étrangers ont réagi en dressant des obstacles ou en menaçant de le faire, généralement en réclamant un traitement réciproque, ces obstacles ayant pour but de repousser l'entrée d'entreprises qui sont trop liées à la protection d'un État.

L'analyse de ces questions réglementaires sous l'angle de la concurrence est bien menée, mais malheureusement elle n'est pas bien connue du public. Aucun des communiqués de presse placés sur le site Internet du *Conseil* ne porte sur les problèmes d'analyse de la politique ou de la réglementation. Sa discrétion dans ce domaine tient peut-être à ce qu'il n'est pas habilité à prendre l'initiative d'études ou de rapports. Il est seulement autorisé à répondre aux demandes d'avis sur les questions de concurrence. Certes, cette limitation de ses pouvoirs ne restreint peut-être pas beaucoup la portée de son action, étant donné que les parties affectées par une distorsion due à une action des pouvoirs publics peuvent demander son avis à ce sujet et le font. Ainsi le rapport du *Conseil* sur les activités financières du service postal répondait à une demande de l'association des banques. On demande régulièrement au *Conseil* son point de vue sur les grands projets de réforme et ses réponses sont approfondies, analytiques et présentées de façon prudente. Son rôle est consultatif, cependant, et son message constant sur la nécessité d'une séparation structurelle pour diminuer l'incitation à fausser la concurrence n'est pas suivi. Cela veut dire que des considérations autres que de politique de concurrence prévalent en France, en matière de politique économique.

Une réputation de rigueur dans l'application du droit peut augmenter la crédibilité des avis relatifs aux politiques mises en œuvre. De récents succès vont contribuer à établir cette réputation, quoique les retards dans la procédure du *Conseil* n'y aident pas. Le *Conseil* met beaucoup de temps à rendre une décision définitive. On peut concevoir que le *Conseil* soit prudent pour les détails de procédure afin d'éviter que les tribunaux n'infirment ses décisions. Si tel est le cas, il atteint au moins cet objectif, puisque le taux de confirmation est très élevé, à environ 80 % (du moins sur les mérites). Les tribunaux sont tenus d'attacher de l'importance aux questions de procédure pour veiller au respect des garanties requises au titre de la législation communautaire. Il en résulte qu'il faut maintenant recommencer certaines étapes pour que l'enquête et la décision soient clairement séparées au sein du *Conseil*.

Un autre facteur pourrait être l'absence apparente d'un système clair et pratique d'allocation des ressources sur les affaires les plus importantes. Comme le rôle du *Conseil* s'apparente à celui d'un tribunal, à savoir entendre les plaintes dont il est saisi et rendre une décision, il a des difficultés à définir les priorités d'utilisation de ses ressources, notamment de son temps. En effet, si l'on s'écarte de la priorité par ordre d'inscription au rôle, on risque d'être accusé de vouloir préjuger. Pourtant, une instance juridictionnelle a besoin d'une certaine latitude pour traiter d'abord les affaires les plus importantes, ce qui pourrait être fait par un mécanisme permettant de prendre rapidement des décisions sommaires. Le *Conseil* a recours de manière croissante à des procédures accélérées et à des mesures conservatoires, et ses derniers rapports montrent qu'un nombre peu important mais croissant de demandes est rejeté relativement tôt pour irrecevabilité ou incompétence. Les plaignants du secteur privé ont certes la possibilité d'agir devant les tribunaux ordinaires, mais dans ce cas la réparation se limite à des dommages intérêts. Les parties ont donc plus souvent recours à l'autre solution qu'offre le *Conseil*, la procédure accélérée des mesures conservatoires.

Certaines tensions persistent entre ces deux organismes chargés de la concurrence, qui partagent certaines fonctions, mais occupent des positions différentes et peuvent avoir des points de vue et des priorités qui divergent. Les commentateurs notent que le chevauchement des compétences a été un facteur essentiel de divergences d'appréciation entre le *Conseil* et l'administration centrale (Gerber, 1998). Les mesures les plus vigoureuses jamais prises en vertu de la loi française contre une restriction horizontale complexe touchant tout un secteur l'ont été à l'initiative du *Conseil*. Le ministre porte de moins en moins d'affaires devant le Conseil car un certain nombre d'entre elles ont été rejetées ou ont dû être abandonnées car le délai était forclus. Au titre de la NRE, il existe maintenant un instrument d'exécution plus direct pour ses autres objectifs prioritaires.

Les priorités de la DGCCRF comprennent la loi Galland sur les prix et l'ensemble de textes du titre IV sur la discrimination et les pratiques déloyales. Cette action implique de nombreuses interventions de faible envergure pour surveiller les relations dans la chaîne de l'offre. C'est un travail qui reflète bien les orientations d'une administration qui a eu dans le passé à exercer un contrôle des prix et qui a encore d'autres responsabilités de surveillance du marché. Le traitement différent appliqué à cette composante de la législation par la DGCCRF et le *Conseil* révèle une divergence essentielle entre leurs conceptions de la concurrence.

La dépendance économique est décrite sous l'angle de la capacité de l'acheteur à menacer ou à ruiner son fournisseur quand l'acheteur représente une part de l'activité du fournisseur supérieure au seuil critique. Les dispositions fondées sur cette conception sont conçues pour maîtriser la concentration dans la chaîne de distribution, freiner le développement de la grande distribution et protéger les petits détaillants et fournisseurs. La relation entre cette conception et celles qui prévalent désormais dans le domaine de la politique de la concurrence est cependant incertaine. Il existe un certain risque que des règles trop strictes contre les pratiques déloyales limitent la concurrence, non seulement en décourageant la baisse des prix, mais plus généralement en traitant comme un cas de fraude ou de discrimination les comportements qui s'écartent d'un noyau consensuel. L'application énergique des règles qui imposent l'uniformité des prix et la transparence constitue une bonne assurance contre la violation d'un accord.

La France considère que l'analyse économique moderne place l'abus de dépendance économique dans le domaine du droit de la concurrence. Par hypothèse, le problème ne porte pas sur le pouvoir de marché au sens classique. Il peut y avoir un lien de principe entre les préoccupations que suscite la dépendance économique et une politique de la concurrence qui est fondée sur l'efficacité. Il se peut que le contrôle des comportements sur le marché facilite la concurrence en abaissant les coûts de transaction. Cette approche représenterait un contrepoint intéressant en fondant une autre argumentation qui semble défendre l'équité sur des principes d'analyse économique identiques à ceux qui sont généralement censés ne contribuer qu'à l'efficacité.

Les divergences entre le *Conseil* et la DGCCRF sur les priorités et peut-être même les principes montrent les risques, mais aussi les promesses, que comporte l'intégration croissante de la concurrence dans la législation qui régit l'action des pouvoirs publics. Elle a un coût, à travers les doubles emplois et les conflits de compétence, et éventuellement les incohérences du droit et la recherche de la juridiction la plus favorable, si à la fois le *Conseil de la concurrence* et le Conseil d'État revendiquent la compétence pour élaborer le sens et le contenu du droit et de la politique de la concurrence. Il y aurait pourtant bien des avantages si la base juridique du contrôle via le droit administratif admettait le concept de concurrence autrement que comme un facteur parmi tant d'autres.

Le contrôle des fusions est solidement enraciné dans le droit administratif, et le Conseil d'État est amené de manière croissante à examiner la politique de la concurrence dans le cadre du contentieux des fusions. On peut cependant se demander si la dualité des responsabilités dans ce domaine favorise l'unicité et la cohérence de la jurisprudence.

Mesures envisageables

Déterminer et peser avec précision les coûts et les avantages de la méthode indirecte de réforme structurelle. La France a voulu que ses entreprises publiques soient capables de se diversifier dans des activités concurrentielles et elle a eu recours à des précautions non structurelles pour freiner l'incitation à fausser la concurrence dans ces opérations. La recommandation du Conseil de l'OCDE sur la séparation structurelle invite à une évaluation claire des coûts et avantages relatifs des différents parcours de réforme. Le maintien de structures qui intègrent des fonctions concurrentielles et non concurrentielles n'élimine pas l'incitation à fausser le marché concurrentiel. Les mesures non structurelles comme la séparation comptable et fonctionnelle permettent certes de suivre de plus près le respect des règles qui exigent un accès non discriminatoire, tout en laissant en place une structure qui peut dégager d'autres efficiences. Toutefois, il faut une surveillance coûteuse pour que ces séparations de forme fonctionnent. Il faut confronter ce point de vue aux avis répétés du *Conseil* sur le problème des subventions croisées et aux mesures prises en réponse à ces avis.

Assurer une prise de décision en matière de contrôle des fusions, clairement fondée sur des principes de concurrence. Les systèmes comme celui de la France, dans lesquels le ministre prend la décision et est libre de demander ou non l'avis de l'organisme public indépendant chargé d'appliquer la politique de la concurrence, comportent le risque que les motifs de la décision ne soient pas clairement fondés sur des principes de concurrence. C'est notamment le cas pour les fusions qui sont approuvées (ou soumises uniquement à des engagements volontaires) sans saisine pour évaluation par des experts indépendants, alors qu'elles paraissent présenter des risques au regard de la politique de concurrence. Dans d'autres pays, comme l'Irlande, la réaction à cette préoccupation a consisté à rendre déterminante la décision de l'organe indépendant. Au Royaume Uni et en Allemagne, la décision de l'autorité indépendante, fondée sur des considérations de concurrence, est décisive tout en prévoyant éventuellement un dispositif spécifique et transparent au cas où un autre motif justifierait une action différente. Un déplacement similaire des responsabilités en France aurait aussi l'avantage de faire entrer les fusions dans le domaine du droit privé qui traite déjà les restrictions anticoncurrentielles et de l'abus de position dominante. Même sans modifier totalement le processus de décision, on pourrait améliorer la situation si le *Conseil* avait la possibilité de se prononcer sur une opération notifiée. Ceci n'obligerait pas le *Conseil* à donner son avis sur toutes les notifications, mais impliquerait un important déplacement de ressources pour qu'il puisse suivre les dossiers.

Mieux répartir les ressources entre la surveillance de la chaîne de l'offre et le suivi des soumissions concertées et autres pratiques horizontales. La plupart des problèmes posés par la discrimination pourraient être réglés par des actions de droit privé, qui semblent devoir donner de meilleurs résultats en France que dans beaucoup de pays. Il est possible que l'argument selon lequel il faut prononcer

de lourdes amendes parce que les petites entreprises ne peuvent se permettre de risquer des représailles si elles portent plainte, soit exagéré. En effet, ces entreprises peuvent généralement se regrouper pour agir en justice en cas de pratiques déloyales, souvent par l'intermédiaire d'organisations professionnelles qui intentent l'action en leur nom. D'un autre côté, la centralisation de cette fonction à la DGCCRF pourrait empêcher les décisions protectionnistes, mais seulement si l'administration peut mieux intégrer ces plaintes dans un cadre de politique de la concurrence. Davantage de ressources seraient alors disponibles pour les affaires d'ententes et de soumissions concertées, ainsi que pour les poursuites pénales. En revanche, imposer des amendes aux entreprises pour des pratiques qui consistent à baisser les prix envoie un message incohérent sur la valeur de la concurrence.

Accélérer la procédure au *Conseil*. Une augmentation des ressources contribuerait à réduire les délais. Une règle *de minimis* claire va dans le sens d'un moindre engorgement. Une procédure de décision sommaire, qui servirait à élaguer les affaires peu importantes sans avoir à leur consacrer trop de ressources et qui serait d'application générale, devrait être envisagée. La multiplication des procédures engagées devant le *Conseil* en vue de mesures conservatoires et aboutissant parfois à des solutions négociées pourrait déboucher sur une solution de ce type.

Notes

1. Ce rapport a fait l'objet d'un examen par les pairs lors de la session du 16 octobre 2003 du Comité de la concurrence. Les déclarations liminaires de M. B. Parlos, Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, et de Mme Hagelsteen, Présidente du Conseil de la concurrence figurent en annexe 1 de ce rapport .
2. Voir le chapitre 4, qui contient un tableau à ce sujet.
3. Le décret de 1953 prohibait “toutes les actions concertées, tous les contrats, tous les accords exprès ou tacites, ou toutes les coalitions ... qui ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de restreindre le libre exercice de la concurrence en empêchant la réduction des coûts ou des prix ou en encourageant une hausse artificielle des prix.”
4. Les dispositions relatives à l'exemption, à la fois pour l'“autorisation officielle” et pour le profit économique, préfigurent également les dispositions des lois ultérieures et actuelles. Le décret de 1953 a été re-promulgué en 1958 en vertu d'une nouvelle autorisation législative afin de remédier à un vice constitutionnel. Le système reposait sur le mécanisme d'exécution du droit pénal et le décret de 1953 a élargi les prohibitions substantielles sans qu'il existe une base légale suffisante pour assujettir la conduite nouvelle prohibée à des sanctions pénales.
5. Cependant, le cadre du contrôle des prix n'a pas été totalement rayé de la loi. La législation sur la concurrence conserve des passages de la législation antérieure autorisant le gouvernement à réglementer les prix (après consultation du Conseil de la concurrence) dans des secteurs ou des zones où la concurrence par les prix est limitée.. L'Art. L. 410-2. a pour objet de donner aux pouvoirs publics les moyens d'éviter tout dérapage des prix lorsque des situations particulières rendent possible un pouvoir de marché de la part d'un ou de plusieurs opérateurs, du fait de l'étroitesse d'un marché ou d'une zone géographique limitée comme les Départements d'outre mer, par exemple.
6. Loi du 15 Mai 2001. D'autres parties des NRE traitent des réformes du droit des sociétés et de questions monétaires. Les citations de la loi française sur la concurrence qui apparaissent dans ce document reproduisent la loi refondue et codifiée par les NRE, livre 4 du Code de commerce.
7. La loi française sur la concurrence contient, depuis 1963 au moins, une disposition prohibant la fixation de prix de revente au-dessous du coût d'achat, qui était exécutée selon les règles de la procédure pénale, comme d'autres dispositions de la réglementation des prix.
8. Note valable pour la version anglaise uniquement.
9. Le rôle du concept du service public est expliqué en détail au chapitre 2 relatif à la qualité de la réglementation du rapport.
10. La sanction potentielle a été augmentée par la loi NRE de 2001, à la fois par l'augmentation du pourcentage de 5 à 10 % et en élargissant sa base en passant d'un chiffre d'affaires en France à un chiffre d'affaires mondial.
11. Les actes interruptifs de la prescription pour les actions devant le *Conseil* conduisant à des sanctions pécuniaires, sont désormais interruptifs de la prescription de l'action publique conduisant à des sanctions pénales (voir Art. L. 420-6, 462-6, et L. 462-7). Ainsi, si le *Conseil* saisit le procureur de la République, cette transmission interrompt la prescription de l'action publique.
12. Il n'y a pas de sanction pénale pour l'interdiction distincte de prix de prédation de l'article L. 420-5.

13. Dans l'industrie de l'eau et du traitement des déchets, deux entreprises avaient constitué des filiales communes pour soumissionner sur des projets, alors que chacune société mère avait les moyens d'entreprendre le projet indépendamment. Le *Conseil* est parvenu à la conclusion que cette méthode d'évitement de la concurrence réciproque constituait une domination conjointe.
14. Dans le secteur des médias, le *Conseil* doit recueillir l'avis de l'autorité de régulation compétente sur les effets en termes de diversité d'opinions, cet avis devant accompagner son propre rapport sur les questions de concurrence.
15. Le partenaire de EDF dans cette opération, depuis rebaptisé Veolia, était alors la *Compagnie Générale des Eaux*.
16. Vivendi a également accepté de se défaire de certaines positions communes dans Dalkia et Suez-Lyonnaise.
17. Code de la consommation, L. 121-1
18. Des poursuites par l'intermédiaire du *Conseil* sont possibles, dans la mesure où les pratiques sont également prohibées par l'Art. L. 420.
19. L'amende pour ventes illégales à prix réduit ou pour prix imposés peut atteindre €15 000. L'amende pour non-divulcation sur des factures ou vente au-dessous du coût d'achat peut atteindre €75 000, et d'autres sanctions peuvent également s'appliquer, notamment l'exclusion de la participation à des marchés publics pendant 5 ans pour des factures inexactes et des sanctions pénales contre les personnes physiques pour vente au-dessous du coût d'achat.
20. Elles se concentrent évidemment sur des questions liées aux produits de consommation et aux contrats, plus que sur la concurrence. Leur principal forum est la *Commission des clauses abusives*, autre organisme rattaché au Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, qui formule des recommandations occasionnelles sur les clauses léonines des contrats d'adhésion. Une procédure permet le renvoi à cette commission, et la réformation judiciaire de clauses contractuelles, remédiant ainsi aux dispositions du code civil qui dénie normalement ce pouvoir à un juge.
21. Voir www.conseil-concurrence.fr. Le site de la DGCCRF est www.finances.gouv.fr/dgccrf
22. Voir Chapitre 2, sur la Capacité du Gouvernement à Préparer des Réglementations de Grande Qualité, pour plus de détail.
23. A l'heure actuelle, la présidente et un autre membre du *Conseil de la Concurrence* sont Conseillers d'Etat.
24. Les NRE ont séparé plus clairement les fonctions d'enquête et de jugement, en partie pour empêcher les parties de tirer avantage de lacunes procédurales qui leur permettraient d'éluder leur responsabilité. Plusieurs décisions ont été annulées en appel au motif que le rapporteur du *Conseil* avait assisté à sa délibération.
25. Au contraire, certains autres organes, tels que la Commission des Opérations de Bourse, sont autorisés à défendre leur position devant la Cour d'appel.
26. Le nombre d'appels s'explique en partie par des appels de précaution destinés à conserver la compétence, rendus nécessaires par un changement des règles. Dans plusieurs affaires antérieures à la réforme des procédures par les NRE, la cour a rejeté une décision du *Conseil* pour des raisons procédurales, notamment la présence irrégulière du *rapporteur* lors de ses délibérations. Les tribunaux ont cependant souvent exercé leur pouvoir de prendre une nouvelle décision. Le tribunal n'a pas besoin de renvoyer l'affaire au *Conseil* pour supplément d'instruction. Souvent, la propre injonction du tribunal était significativement équivalente à l'injonction du *Conseil* que le Tribunal avait cassé.

27. La procédure pénale donne un autre moyen de réparation aux parties victimes. Les sanctions pénales peuvent inclure la restitution et l'indemnisation des victimes. (Code de procédure pénale, Art. L. 475-1). Toutefois, la partie réclamant réparation a moins de liberté pour engager et diriger une action pénale qu'une action civile.
28. Le Conseil s'est fondé sur le marché servi par la société acquise, les cartes aériennes et les services de navigation pour décider que le risque de lier ces produits auxiliaires à l'achat d'avions était minime, du fait que les obstacles à l'entrée sur le marché des produits auxiliaires étaient faibles. En effet beaucoup de compagnies aériennes clientes, y compris Air France, exerçaient les mêmes activités. En outre, il a tenu le raisonnement que Boeing, confronté à un concurrent de taille égale sous la forme d'Airbus, ne serait guère incitée à faire en sorte que ses avions sont uniquement compatibles avec l'équipement de ses filiales. Pourtant, la DGCCRF, préoccupée par la menace visant les intérêts des concurrents en France, a approuvé l'acquisition sous réserve d'une injonction interdisant à Jeppesen de communiquer à Boeing les informations confidentielles qu'elle pourrait obtenir d'Airbus. Cette décision officialisait un engagement de non-divulgateur que de toute évidence les parties envisageaient déjà de prendre.
29. Le rapport 2002 de la DGCCRF détaille pour la première fois séparément ses actions concernant les accords restrictifs et les abus de position dominante : 276 indications de pratiques anticoncurrentielles, 138 enquêtes ouvertes, 187 rapports d'enquête et 15 renvois au *Conseil*. Le rapport du Conseil en note 11
30. Le projet d'ordonnance excluait cependant de ce traitement les appels d'offre publics.
31. Loi 2000-108 du 10 février 2000. La dernière révision est la loi 2003-8 du 3 janvier 2003.
32. La capacité de la CNR, filiale d'Electrabel, est de 3000 MW, et sa production est d'environ 16 TWh. La SNET, filiale d'Endesa, a une capacité de 2600 MW et une production d'environ 8 TWh. Par comparaison, la capacité d'EDF est de 103 000 MW et sa production d'environ 480 TWh.
33. Euronext Paris détient 34% de la majorité de contrôle, RTE et les gestionnaires de réseau néerlandais et belge 17%. Les 49% restants sont détenus par des producteurs et des investisseurs, comme Atel, BNP Paribas, Electrabel, EDF, Endesa, et TotalFinaElf.
34. A l'exception du Luxembourg.
35. GDF et CFM ont offert des « contrats flexibles », permettant aux clients de déposer du gaz et de le retirer plus tard. Pour préserver formellement son monopole d'importation GDF a offert une formule de restitution des importations contractées en son nom. D'autres pays en Europe n'ont pas été convaincus que cette formule ouvre suffisamment le marché mais la France a fait valoir que cette déréglementation de fait était adéquate
36. Le secteur des télécommunications est examiné en détail au chapitre 6 du présent rapport.
37. Articles L. 36-7 (7°) et L. 36-10 du Code des postes et télécommunications.
38. Les secteurs des services aériens sont examinés en détail au chapitre 5 du présent rapport.
39. Les agents du Trésor (qui sont environ 4000) vendent des assurances depuis le dix-neuvième siècle. En 2001, le Conseil d'Etat a jugé qu'ils n'étaient pas censés privilégier la politique d'une société et que leur activité devait se conformer à la loi sur la concurrence. Toutefois, les concurrents du secteur privé font observer qu'il n'y a guère de raisons de maintenir ce service, qu'ils sont parfaitement disposés à assumer et capables de le faire. Le Trésor a récemment cessé de proposer des comptes bancaires; selon la même logique, il devrait mettre fin aux activités d'assurance.
40. Article 89 de la loi 84-46 du 24 janvier 1984.

41. Article L. 511-4 du Code monétaire et financier.
42. Article L. 41-4 de la loi sur les télécommunications.
43. La règle du prix unique ne s'applique pas aux rééditions ou aux livres de poche.
44. Le Conseil d'Etat s'est préoccupé de certaines de ces contraintes, appliquant ses doctrines de droit administratif) propos de la discrimination et de la liberté de se faire concurrence. S'il devait appliquer les principes généraux de droit de la concurrence pour ce faire, il demanderait probablement l'avis *du Conseil*.
45. En outre, la DGCCRF participe maintenant au groupe de l'ICN sur la sensibilisation à la concurrence et elle poursuit de nombreuses activités qui ne sont pas de la sensibilisation à proprement parler mais de la publicité sur des questions de politique de concurrence et d'application de la loi.

BIBLIOGRAPHIE

- Brennan, Timothy J, "Why Regulated Firms Should Be Kept out of Unregulated Markets : Understanding the Divestiture in *United States V. AT&T*", *Antitrust Bulletin* vol.32,no.3, pp ; 741-93 ; automne.
- Canivet, G. (2002). De l'efficacité de la politique de la concurrence. Paris.
- Clement, B. (1974), "An Appraisal of French Antitrust Policy," *Antitrust Bulletin*, vol. 19, no. 3, p. 587.
- Conseil de la concurrence (2002). Rapport annuel.
- DGCCRF (2002), Rapport annuel, Concurrence.
- du Marais, Bertrand, (2002), "L'État a l'épreuve du principe de concurrence : analyse et prospective juridique," *Politiques et Management Public*, vol. 20 no. 1, pp. 121-141.
- Economist Intelligence Unit (2002). Country Profile 2002 : France.
- Gerber, D. J. (1998). *Law and Competition in Twentieth Century Europe : Protecting Prometheus*. Oxford, Oxford University Press.
- Goldstein, E. Ernest (1958), "National and International Antitrust Policy in France," *Texas Law Review*, vol. 37, p. 188.
- Gouvernement français (2002). Texte présenté au processus européen de Cardiff sur les réformes structurelles.
- Gouvernement français (2003). Communication avec le Secrétariat de l'OCDE.
- Hagelsteen, M.-D. (2002). Remarques préliminaires. *L'efficacité de la politique de la concurrence*, *Gazette du Palais*, no.26-28, 28 janvier 2003, Paris.
- Jenny, Frédéric et André-Paul Weber (1976), *L'entreprise et les politiques de concurrence*, Paris.
- Mallet, V. (2002). Reality catches up with *l'exception*. *Financial Times*. Londres.
- MEDEF (2002). *Concurrence : Marché Unique, Acteurs Pluriels ; Pour de Nouvelles Règles du Jeu*. Paris
- OCDE (2000). Etudes économiques : France. Paris
- OCDE (2001). Etudes économiques : France. Paris
- OCDE CLP (1997). Table ronde sur les prix imposés.
- OCDE CLP (1999). Relation entre les responsables de la réglementation et les autorités chargées de la concurrence.
- OCDE CLP (2001). Rapport annuel sur les développements en matière de politique de la concurrence en France.
- OCDE COMP (EU) (2002). Table ronde sur les questions de concurrence dans le secteur de l'électricité, note de la Commission européenne.

OCDE COMP (France) (2002). Table ronde sur la concurrence dans le secteur de l'électricité, note de la France.

OCDE Comité de la Concurrence (2002). Table ronde sur les critères de fond utilisés pour l'évaluation des fusions; note de la France.

Van der Ploeg, Frederick (2003), "Beyond the dogma of the fixed book price agreement," CESIFO Working Paper no. 949, mai, disponible sur www.CESifo.de.

ANNEXE I.

Intervention de M. Benoît PARLOS, Directeur général de la DGGCRF, devant le Comité de la Concurrence, le 16 octobre 2003 :

Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs,

Je voudrais remercier tous les délégués de leur présence à Paris aujourd'hui, au siège de l'OCDE, qui manifestent ainsi leur intérêt pour les travaux de ce comité, et tout spécialement leur intérêt pour les progrès de la réforme réglementaire en France.

Nous allons débattre ce matin du projet de rapport sur le chapitre relatif à la politique de la concurrence. Avant de laisser la parole à Mme Marie-Dominique HAGELSTEEN, Présidente du Conseil de la concurrence, je voudrais faire part à votre comité de quelques observations liminaires sur ce texte.

En premier lieu, je souhaite indiquer que le projet de rapport présente une vision à la fois de la situation de l'économie française et de la politique de concurrence menée en France qui paraît à certains égards décalée par rapport à la réalité. Ce projet de rapport met l'accent sur un certain nombre d'affirmations qui ne paraissent ni démontrées, ni parfois conformes à la réalité. Le projet de rapport comporte également un certain nombre d'assertions tendancieuses qui s'apparentent à des jugements de valeurs reposant sur des *a priori* d'ordre psycho-sociologique concernant la France.

Les débats que nous allons avoir vont, je l'espère, permettre d'enrichir les constats et de discuter des conclusions dans un esprit de coopération auquel nous sommes très attachés, afin qu'aucun préjugé ne puisse fausser le jugement des membres du comité.

Je souhaiterais simplement faire deux observations générales en ouverture à nos débats :

1. Contrairement à la vision développée par le rapport, la régulation concurrentielle joue un rôle moteur dans le développement de notre économie

Le projet de rapport s'appuie assez largement sur une analyse de notre héritage historique qui permettrait d'expliquer, selon le rapporteur, notre difficulté à nous installer complètement et durablement dans une régulation concurrentielle.

Cette affirmation méconnaît tout simplement les réalités de la France contemporaine. En 25 ans, le secteur public a été réduit dans des proportions considérables à travers deux vagues de privatisations et une succession d'opérations de respiration du secteur public. La France est un pays largement ouvert sur l'extérieur ; elle est devenue la 4^{ème} puissance exportatrice ; cette position ne saurait s'expliquer sans une pression concurrentielle certaine au sein de notre économie. J'en veux pour preuve également notre performance en matière de prix. Regardons les chiffres à l'intérieur de l'Union européenne. Pour un niveau de prix 100 dans l'Union européenne en 2001, la France se situe à 98,84, soit très exactement dans la moyenne, les pays à prix les plus élevés et les plus faibles se situant respectivement à 125,7 (Danemark) et 73,89 (Portugal).

Par ailleurs, la dérégulation des industries de réseaux est un processus largement entamé (télécommunications, énergie) ou en cours (poste) au plan communautaire. A cet égard, le projet de rapport présente ce processus comme un processus exogène, initié par la Commission, subi par la France et finalement mal appliqué dans notre pays. C'est une vision qui méconnaît les réalités de la construction européenne. Toutes les directives d'ouverture des marchés ont été négociées au sein du Conseil, c'est-à-dire par les Etats-membres eux-mêmes et leur adoption par les ministres des Quinze signifie évidemment que nous nous y retrouvons totalement. Nous les avons donc transposées intégralement, parfois certes avec un peu de retard mais certainement pas dû au fait qu'elles nous poseraient problème. Quant à critiquer la place importante laissée aux obligations de service public – ou au service universel dans la terminologie communautaire – ou bien la propriété publique de certains opérateurs, je dirais tout simplement que ces critiques paraissent s'adresser au modèle européen de libéralisation qui, effectivement, présente certaines spécificités en laissant une place importante au service universel, aux préoccupations environnementales, à la sécurité des réseaux, et affirme une neutralité de principe au regard de la propriété du capital.

En matière de concurrence, notre législation de base – et notamment l'ordonnance de 1986 -a effectivement créé les conditions d'une régulation concurrentielle de plein exercice de l'économie française. L'effectivité de la concurrence est d'ailleurs reconnue par le rapport en plusieurs endroits du texte sans d'ailleurs que le lecteur du projet de rapport dispose non plus des données de fait permettant d'étayer cette appréciation positive.

Au surplus, j'ajouterais que notre dispositif juridique a permis d'alimenter le débat très utilement au niveau communautaire, par exemple lors de la négociation sur le nouveau règlement 1/2003 pour la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, ou en ce moment même avec les discussions en cours sur le choix du test pour le contrôle des concentrations.

2. Certaines appréciations du projet de rapport concernant la place et le rôle de la DGCCRF méritent d'être redressées :

La DGCCRF est au service de la mission de régulation concurrentielle, quotidiennement, avec plus de 3.500 agents sur le terrain et 500 personnes pour les tâches de conception en administration centrale. Cette « force de frappe » est mise au service de la surveillance des marchés, dans tous les secteurs de l'économie –les filières agricoles, l'industrie et les services-, et sur tout le territoire.

La DGCCRF est une direction du Ministère de l'économie, ce qui ne veut nullement dire que, pour l'exercice de nos missions de régulation concurrentielle, nous agirions comme le « bras armé » du Ministre, comme il est indiqué sommairement au paragraphe 51 du projet de rapport, pas plus que nous donnerions une quelconque priorité à la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence, autre assertion contestable du rapport sur laquelle je pense que nous reviendrons dans la suite de la discussion.

En effet, la DGCCRF est une direction de conception, d'élaboration d'un cadre d'analyse et de préparation de la décision ministérielle, notamment en matière de contrôle des concentrations, sur lequel je suis prêt à accueillir vos questions. Mais elle est aussi, bien entendu, une direction de contrôle sur le terrain, avec sa direction nationale des enquêtes et son réseau de directions départementales et régionales, ainsi que ses corps d'enquête à vocation inter-régionale.

Tous les rapports d'enquête concurrence– j'indique que nous en avons produit 187 en 2002 - ne donnent pas lieu à une saisine du Conseil de la concurrence. Mais je voudrais faire deux observations à cet égard :

- Tout d'abord, les enquêtes qui donnent lieu à une saisine du Conseil par le Ministre, sont généralement très solidement étayées et chacun peut constater que la majorité des décisions de sanction du Conseil de la concurrence –et même jusqu'à 70 % sur les 8 premiers mois de l'année 2003- sont rendues sur des saisines ministérielles plutôt que sur des saisines externes.
- Le cœur de la mission de la DGCCRF est aussi de développer une action pédagogique, en veillant à la diffusion et à la bonne connaissance des informations et réglementations que les acteurs économiques doivent respecter, en assumant aussi - quand c'est nécessaire - un rôle de prévention pour rendre conformes au droit de la concurrence les contrats et accords dont nous avons pu connaître à travers nos investigations. Cette action, sans doute moins spectaculaire que l'action contentieuse, permet d'aboutir à de bons résultats, en offrant les avantages de la souplesse et de la rapidité, dès lors qu'elle permet de mettre fin à l'atteinte au fonctionnement du marché.

C'est en combinant cette double approche – à la fois préventive et répressive – que la France a réussi à progresser très significativement dans la voie d'une application toujours plus forte du droit de la concurrence. Toutes les incitations pour nous aider à progresser encore dans cette voie sont bienvenues, y compris celles pouvant résulter de l'examen par votre comité dans un esprit de coopération constructive. C'est en tout cas le sens que je souhaite donner à nos échanges ce matin.

Intervention de Mme M-D. HAGELSTEEN, Présidente du Conseil de la concurrence, devant le Comité de la Concurrence, le 16 octobre 2003

Je voudrais d'abord saluer l'important travail fait par le secrétariat de l'O.C.D.E. pour présenter de la manière la plus complète possible le rôle de la politique de la concurrence dans la réforme réglementaire en France.

Bien sûr, nous sommes ici essentiellement pour avoir des échanges, établir un dialogue constructif avec nos pairs et envisager ainsi les orientations qui nous permettront d'améliorer notre réglementation et de progresser.

Avant d'aborder cette discussion, je souhaiterais toutefois faire part de trois remarques générales suscitées par la lecture de ce rapport et dissiper peut-être certains malentendus.

1. La réforme réglementaire est en marche en France, ce mouvement est irréversible et le droit de la concurrence y contribue fortement.

- Comme l'observe le rapport, la France a une tradition historique d'économie dirigée et centralisée. C'est au regard de cette tradition qu'il convient d'apprécier les réformes engagées depuis 20 ans dans le sens d'une libéralisation profonde de l'économie et d'un désengagement de l'Etat et de mesurer le chemin parcouru. Le mouvement est, compte tenu du degré d'ouverture de l'économie française, irréversible et on peut constater que quelle que soit l'orientation politique des Gouvernements en place en France depuis 20 ans, ces réformes ont été constamment poursuivies. Il n'y a pas eu de retour en arrière.
- Le droit de la concurrence fait partie de ce mouvement et continue à progresser.

C'est en 1986 qu'ont été posés les fondements d'un droit moderne de la concurrence en France :

- Sur les règles de fond, le droit de la concurrence français est très proche du droit européen, et le sera encore plus après la réforme du règlement européen 1/2003.
- Sur les institutions, le Conseil de la concurrence a été créé comme autorité administrative indépendante, qui dispose de l'entier pouvoir de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles, sous le seul contrôle du juge.

Il dispose également de pouvoirs consultatifs importants :

Depuis 1992, il peut appliquer directement les articles 81 et 82 au Traité de Rome.

En 2001, le droit de la concurrence a été à nouveau modernisé et de nouveaux pouvoirs ont été donnés au Conseil : renforcement des sanctions, création de procédure de transaction et de clémence, possibilité de passer des accords internationaux.

La réforme réglementaire et le droit de la concurrence sont donc dans un processus dynamique.

2. Sur le secteur public en France.

Le rapport souligne à juste titre l'importance du secteur public en France. On ne peut que lui en donner acte, même si le périmètre de ce secteur diminue d'année en année. Mais certains passages du rapport peuvent laisser penser que ce secteur public bénéficie de certaines protections ou immunités particulières, au regard du droit de la concurrence, notamment de la part du Conseil de la concurrence. C'est cette idée que je voudrais immédiatement redresser.

- 1) Selon notre droit, toute entreprise publique ou tout service public qui exerce une activité industrielle ou commerciale, est soumis au droit de la concurrence et peut être sanctionné par le Conseil de la concurrence.

Et, régulièrement, nous avons sanctionné des entreprises publiques, parfois pour des sommes importantes, qu'il s'agisse d'EDF, de GDF ou encore de France Télécom.

De la même manière, ces opérateurs historiques ont fait l'objet de mesures d'urgence prononcées par le Conseil pour faire cesser immédiatement des pratiques visant à empêcher l'arrivée de nouveaux concurrents sur des marchés émergents ou en croissance : mobile, Internet ADSL.

- 2) Les ambiguïtés du rapport sur le rôle joué par le Conseil d'Etat doivent être corrigées.

Certains passages du rapport laissent à penser que les opérateurs publics peuvent également être protégés du droit de la concurrence par le Conseil d'Etat.

Il faut rappeler que ni le Conseil d'Etat ni les juges administratifs n'ont à connaître des activités économiques des opérateurs publics. La compétence du Conseil d'Etat et du juge administratif est strictement limitée à la légalité des actes administratifs pris pour l'exercice d'une mission de service public avec l'utilisation de prérogatives de puissance publique.

Ce partage de compétence pose peu de problèmes ; il porte chaque année sur 4 ou 5 affaires sur lesquelles le Conseil se déclare incompétent et qui concernent le plus souvent des actes administratifs unilatéraux et réglementaires pris par les pouvoirs publics. Par ailleurs, le Conseil d'état consulte le Conseil de la concurrence et il suit ses avis.

- 3) Enfin, le Conseil de la concurrence est étroitement associé au mouvement de libéralisation des marchés autrefois sous monopole.
 - Il a été systématiquement consulté par le Gouvernement ou par le Parlement sur les conditions dans lesquelles l'ouverture des marchés devait s'effectuer pour permettre l'instauration d'une véritable concurrence (télécoms, électricité, poste, rail) et sur les législations qui devraient être prises à cet effet.
 - La loi organise ses relations institutionnelles avec les régulateurs sectoriels par des mécanismes de consultation systématique. Ceci a permis que le Conseil d'une part, les régulateurs sectoriels d'autre part, entretiennent de bonnes relations et travaillent de manière cohérente dans le sens de l'ouverture des marchés à la concurrence.

3. Sur les contraintes qui pèsent sur le Conseil et la légitimité de son action.

Enfin, le rapport présente le Conseil de la concurrence comme un organisme aux procédures lourdes, doté de moyens insuffisants, et met en quelque sorte en cause son efficacité.

Je ne peux pas contester certains aspects de cette analyse, et il est vrai que pendant longtemps et aujourd'hui encore, le Conseil a manqué des moyens lui permettant de fonctionner de la manière la plus efficace, notamment en ce qui concerne le délai de traitement de nos dossiers. Je voudrais seulement faire deux observations :

- La lourdeur de nos procédures est assez largement imposée par le fait que le Conseil est assimilé à une quasi-juridiction puisqu'il inflige des sanctions. La Cour d'appel de Paris nous impose, au nom de l'article 6 de la C.E.D.H. un certain nombre de prescriptions, par exemple, celle de ne pas statuer dans la même formation, selon que nous nous prononçons en mesure conservatoire ou au fond. Une telle exigence implique que le collège soit relativement nombreux mais je voudrais souligner qu'il comporte quatre membres permanents, le président et les trois vice-présidents, qui sont totalement investis dans l'action du Conseil.

Et, n'oublions pas que ces procédures garantissent les droits de la défense et la rectitude de nos décisions qui sont confirmées à 75 % environ par la Cour d'appel de Paris.

- Par ailleurs, il faut noter que la légitimité du Conseil de la concurrence et de ses décisions n'est pas contestée. Elle me paraît même se renforcer d'année en année.

Le Conseil a eu, dans les années récentes, à connaître de dossiers très délicats mettant en cause des intérêts extrêmement puissants : il a, par exemple, fortement sanctionné les principales banques nationales ; il a également condamné des syndicats agricoles, il a relevé la position dominante collective occupée par les deux principales compagnies de distribution d'eau qui sont des leaders mondiaux ; il a suspendu un appel d'offre lancé par la Ligue Nationale du Football portant sur les droits de transmission télévisuels des matchs de la Ligue 1 qui devait lui permettre d'encaisser 480 millions d'euros par an et il opposait les deux principaux groupes de télévision en France.

Ces décisions n'ont certainement pas fait plaisir à tout le monde. Mais, jamais aucune critique n'a été soulevée, sur la légitimité du Conseil à les prendre.

J'y vois là un hommage rendu au sérieux du travail accompli par les 120 personnes que j'ai l'honneur de diriger, et une preuve de la place prise par la politique de la concurrence dans la réforme réglementaire en France.