



I-1.31 : L'Autorité de la concurrence entre régulation et politique de la concurrence

Jean-Patrice de la Laurencie, Lawyer at the Court of Appeal in Paris

Deux ans et demi après avoir été consacrée par la LME¹, l'Autorité de la concurrence française a sans conteste acquis sa "place au soleil" parmi les autorités de concurrence des autres pays, à travers de multiples signes. Son (excellent) classement mondial parmi les autorités de la concurrence effectué ces dernières années par Global Competition Review en est la meilleure illustration² mais on soulignera aussi son aura internationale, à voir les nombreuses invitations de son Président, Monsieur Bruno Lasserre, à intervenir dans les plus prestigieuses conférences internationales, le rôle de leader que celui-ci a su prendre tant dans le Réseau Européen de la Concurrence que dans le Réseau International de la Concurrence³ ou encore les "unes" accordées par la presse économique et financière aux décisions de cette Autorité.

Pour les praticiens, cette consécration d'une "autorité" si importante, dotée de multiples pouvoirs, justifie que l'on oublie un instant le "feu de l'action" pour réfléchir à son rôle dans le paysage juridique et institutionnel de la France, en termes de finalités et d'adéquation des moyens aux fins poursuivies.

La réflexion proposée – ou, plus modestement encore, amorcée ici – porte sur deux points :

- bien que la sémantique juridique récente conduise à hésiter à classer l'Autorité de la concurrence parmi les "régulateurs", la pratique ne peut que conduire à constater qu'elle en est bien un ;
- si l'Autorité de la concurrence est un "régulateur", comment se situe-t-elle par rapport aux autres institutions qui édictent également des normes et ont des responsabilités dans le même domaine, celui de la politique de la concurrence ?

¹ *Loi de Modernisation de l'Economie* - JORF n° 181 du 5 août 2008, p. 12471.

² "Rating enforcement 2010" - www.globalcompetitionreview.com.

³ M. Bruno Lasserre a notamment été un des deux coprésidents du groupe de travail de l' "ICN" (Réseau International de la Concurrence), *Antitrust Enforcement in Regulated Sections*.

I. Même si cette affirmation n'est pas parfaitement orthodoxe, l'Autorité de la concurrence est bien un « régulateur »

1. En bonne orthodoxie juridique, l'Autorité de la concurrence n'a pas été conçue comme un « régulateur ».

Pour déterminer si une autorité est ou non un « régulateur », un praticien ne peut que se référer aux nombreux ouvrages et articles qui ont pu être consacrés à l'essor de la « régulation » depuis la fin des années 70. Sans remonter jusqu'aux « pères » de la régulation⁴, on peut se référer à un article fondateur de Marie-Anne Frison-Roche, posant l'existence d'une nouvelle branche du droit, le « droit de la régulation »⁵ d'où l'on tirera très schématiquement les caractéristiques suivantes de la régulation :

- a) elle peut se définir par son objet (ou son champ d'application, « *ratione materiae* ») : la régulation vise des secteurs de l'économie qui ne sont pas ouverts ou insuffisamment ouverts à la concurrence, et/ou qui font l'objet d'un compromis entre libre concurrence et d'autres principes d'organisation socio-économique (obligations de service public, pluralité des médias, respect des règles prudentielles, sécurité...).

Cette approche a été confirmée tant par l'OCDE⁶ que par le Réseau International de la Concurrence⁷ ; la liste des secteurs concernés ne cesse de s'étendre : on pensait au départ au secteur de l'énergie, des télécommunications, des transports et des institutions financières, mais aujourd'hui cette liste comprend aussi la santé et l'alimentation⁸.

Une première opposition de principe apparaît alors entre le droit de la concurrence et cette régulation : le droit commun de la « concurrence » s'applique à l'ensemble des biens et services non régulés et n'a pas pour rôle de construire et maintenir l'équilibre concurrentiel d'un secteur, mais seulement de sanctionner les entraves artificielles (entente, abus de domination) au fonctionnement « naturel » de la concurrence. En ce sens, il

⁴ Ronald Coase et Richard Posner aux Etats-Unis, cf. actes sur *la régulation en France* du colloque de l'Institut Français des Sciences Administratives des 4-5 novembre 1999, *Petites Affiches* n° 223 du 8 novembre 2000 ; également Marie-Anne Frison-Roche, *L'Etat, le marché et les principes du droit interne et communautaire de la concurrence*, *Petites Affiches*, 17 mai 1995, n° 59, p. 4.

⁵ *Le droit de la régulation*, D 2001, p. 610.

⁶ *Relationship between Regulators and Competition Authorities - Rapport OCDE DAFPE/CLP (99)* 8, 24 juin 1999.

⁷ *Antitrust Enforcement in Regulated Section Working Group - Subgroup : interrelations between antitrust and regulating authorities - Report to the third ICN Annual Conference, Seoul, April 2004.* www.internationalcompetitionnetwork.org.

⁸ Marie-Anne Frison-Roche, *La régulation, objet d'une branche du droit.* *Petites Affiches* n° 110, 3 juin 2002.

n’y a que des régulateurs sectoriels et l’Autorité de la concurrence n’est pas un régulateur.

- b) La régulation peut aussi se définir par sa méthodologie originale : elle établit un rapport d’organisation et de contrainte visant à parvenir à un équilibre efficace entre les opérateurs concernés d’une part, les impératifs d’ouverture à la concurrence et les autres impératifs régissant le secteur concerné d’autre part. En ce sens, « la fin justifie les moyens de la régulation » : il faut que l’autorité régulatrice ait tous les pouvoirs nécessaires (pouvoir normatif, pouvoir d’instruction, pouvoir de sanction), lui permettant essentiellement de pouvoir agir ex-ante mais aussi ex-post si nécessaire.

De nouveau ici, une autorité en charge de la concurrence se différencie d’un tel régulateur sectoriel parce que son rôle essentiel n’est pas d’agir ex-ante mais ex-post, répondant plus au principe de conformité à la norme préexistante que d’efficacité dans l’action⁹.

- c) Enfin la régulation se caractérise par l’existence d’institutions spécifiques, échappant à l’appareil d’Etat traditionnel – il ne s’agit ni d’administrations ni de tribunaux : en France, on les classe dans la catégorie des « autorités administratives indépendantes »¹⁰.

Anne Perrot¹¹ a pu souligner en 2002 que les régulateurs sectoriels se différencient significativement des autorités de concurrence, tant dans leur approche – « technique » pour les premières, « généralistes » pour les secondes - que de leur composition (essentiellement des experts dans le cas de régulateurs sectoriels), de leur mode d’intervention (de manière continue pour les autorités sectorielles, de manière discontinue pour les autorités de concurrence) ou de leurs procédures (par exemple, règles moins strictes en matière de contradictoire ou de séparation des fonctions internes pour les régulateurs sectoriels).

2. Mais cette grille de lecture ne nous paraît plus, en 2011, permettre de distinguer l’Autorité de la concurrence d’un « régulateur ».

C’est le constat qui résulte clairement de l’évolution de cette institution, confirmée par le regard que les opérateurs concernés portent sur elle.

⁹ Cette différenciation entre intervention “ex-ante et intervention ex-post” a fait l’objet de nombreux articles de doctrine. Voir en particulier Marie-Anne Frison-Roche, *Dialectique entre concurrence et régulation, Actualité du droit de la Régulation, Revue Lamy Concurrence 2008*, et du même auteur : *Ex-ante/Ex-post, les 100 mots de la régulation, coll. “Que sais-je?”, 2011*; également Anne Perrot, *les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence, Revue Française d’Economie, vol. 16 n° 4-2002*.

¹⁰ *Conseil d’Etat, Rapport public 2001. Les autorités administratives indépendantes; Assemblée Nationale, Rapport d’information du Comité d’évaluation et du contrôle des politiques publiques par René Dosièrre et Christian Vanneste, 29 octobre 2010*.

¹¹ *Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence, préc.*

Confrontons l'évolution récente de l'Autorité de la concurrence aux critères présentés ci-dessus, qui permettent de définir un « régulateur » :

- a) L'Autorité de la concurrence relève clairement de la catégorie des « régulateurs » d'un point de vue institutionnel.

La principale spécificité institutionnelle des « régulateurs », c'est-à-dire leur organisation hors appareil traditionnel de l'Etat, est absolument commune à l'Autorité de la concurrence et aux autorités sectorielles. On peut noter en outre un rapprochement très sensible, voire une uniformisation des règles relatives à la composition, au fonctionnement et à la procédure de ces différentes autorités.

On citera simplement, pour ce qui concerne la composition, la ressemblance des plus récents régulateurs sectoriels créés en France (AMF, ACP, ARAF)¹². Concernant les règles de fonctionnement et de procédure, on soulignera que les principes définis par le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation s'appliquent de la même façon à toutes les autorités administratives indépendantes, à partir du moment où elles ont un pouvoir de sanction – même s'il peut y avoir des nuances dans leur application¹³. Il est symptomatique de voir l'alignement assez large des règles procédurales des régulateurs sectoriels et celles de l'Autorité de la concurrence.

- b) Si l'on se place du point de vue du critère de la méthodologie, l'Autorité de la concurrence a bien acquis à peu près tous les attributs des régulateurs sectoriels qu'elle pouvait ne pas avoir au départ.

Si les deux principales différences entre ces autorités se situent dans une intervention ex-post versus une intervention ex-ante et dans la possibilité d'édicter ou non des normes qui en résulte, ces différences se sont manifestement estompées, du fait du développement par l'Autorité de la concurrence de cinq types d'instruments :

- La négociation d'engagements, permettant d'agir sur le fonctionnement concurrentiel d'un secteur :

pour mémoire, la procédure d'engagements ouverte en France par l'ordonnance n°2004-1873 du 4 novembre 2004¹⁴ permet d'éviter toute sanction pour les entreprises qui s'engagent à modifier leur comportement ou leur action sur les structures du marché. C'est l'apparition d'un droit

¹² AMF : Autorité des Marchés Financiers, *loi n° 2003-706 du 1er août 2003*.

ACP : Autorité du Contrôle Prudentiel, *ordonnance du 21 janvier 2010*.

ARAF : Autorité de régulation des activités ferroviaires, *loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009*.

¹³ En particulier la jurisprudence concernant la séparation des fonctions d'instruction et de décision, issue de l'arrêt *Cass. Com. 5 oct. 1999 - Bull. Civ. 1999, IV, n° 159*.

¹⁴ *Aujourd'hui C. com, art. L. 464-2 I*.

« négocié » en matière de pratiques anticoncurrentielles dont « *l'aspect interventionniste... ne doit pas être dissimulé* »¹⁵. Le Conseil de la Concurrence puis l'Autorité qui lui a succédé ont été de plus en plus loin dans cet interventionnisme. Une illustration simplement : en 2006, le Conseil a « régulé » la vente sur Internet de produits distribués dans le cadre de réseaux de distribution sélective – successivement de bijoux et montres, de matériels HiFi et de cosmétiques¹⁶. A cette occasion, « il a été regretté par de nombreux commentateurs que le Conseil utilise une procédure négociée pour en réalité réguler tout un secteur et trancher des questions complexes, essentielles, sur un sujet relativement nouveau qui est celui de la distribution sur Internet »¹⁷.

Le Conseil – et l'Autorité maintenant de la même façon - agit là plus en régulateur que véritablement en autorité classique de la concurrence, puisqu'il définit les normes et les impose par des engagements sans avoir auparavant eu besoin de démontrer l'atteinte à la concurrence.

- La procédure française de non-contestation des griefs, instaurée par la loi NRE en 2001¹⁸, permet également des engagements de la part des entreprises concernées et conduit au même constat : régulation des marchés par le Conseil, puis par l'Autorité de la concurrence. Dans le cadre de ces décisions « linge » et « câbles »¹⁹ le Conseil souligne que les engagements proposés, pour justifier une réduction d'amende, doivent être « de nature à apporter des améliorations substantielles et vérifiables au fonctionnement concurrentiel des marchés affectés par les pratiques ». Pour être plus précis, dans la décision « linge », au-delà d'engagements visant l'organisation des appels d'offres par les clients et destinés à prévenir les comportements anticoncurrentiels reprochés, le Conseil de la concurrence a retenu une procédure de « *whistleblowing* » organisée par les entreprises concernées en leur propre sein.

¹⁵ Patricia Kipriani, *Les engagements : vers un droit « négocié » en matière de pratiques anticoncurrentielles - Contrat Concurrence Consommation n° 12-2010, étude 13.*

¹⁶ *Cons. Conc., décision n° 06-D-24, 4 juillet 2006, relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France ; décision n° 06-D-28, 5 oct. 2006, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution collective de matériel Hi-Fi et Home Cinema ; décision n° 07-D-07, 8 mars 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.*

¹⁷ Jérôme Philippe, *l'avènement des procédures de coopération devant le Conseil de la concurrence : clémence, engagements, transaction, Contrats Concurrence Consommation n° 12-2006, 28.*

¹⁸ *Loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 ; C. com. art. L.464-2-III.*

¹⁹ *Cons. conc., décision n° 07-D-21, 26 juin 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location - entretien de linge ; décision n° 07-D-26, 26 juillet 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre des marchés de fourniture de câbles à haute tension.*

- Le transfert des pouvoirs de décision du ministre chargé de l'économie à l'Autorité de la concurrence en matière de contrôle des concentrations, effectué par la LME²⁰, a donné à l'Autorité un pan entier d'activité régulatrice « *ex-ante* ». Certes, d'autres autorités de la concurrence à travers le monde ont ce pouvoir, mais il s'agit bien d'un pouvoir de type « régulateur ». On ajoutera d'ailleurs que la multiplication des engagements comportementaux à l'occasion de décisions d'autorisation d'opérations de concentration renforce ce côté régulateur²¹.
- On n'omettra pas non plus l'acquisition par l'Autorité de la concurrence, également dans le cadre de la LME, d'un pouvoir de régulation potentiellement très important, celui résultant de la possibilité de s'autosaisir pour donner un avis « *sur toute question concernant la concurrence* ». Les commentateurs ne s'y sont pas trompés qui y ont vu « l'attribution d'une fonction de régulation économique à l'Autorité de la concurrence »²². Ce que l'Autorité de la concurrence souligne elle-même à l'occasion de son avis n° 09-A-21 du 24 juin 2009 relatif à la concurrence sur les marchés des carburants dans les DOM : « *l'Autorité a proposé de renforcer la régulation amont, dans le but de mieux encadrer les monopoles et de garantir in fine des approvisionnements au meilleur prix* »²³. Les avis récemment rendus par l'Autorité de la concurrence concernant le cadre structurel de la grande distribution en France et celui des paris en ligne²⁴ comportent une série de recommandations qui constitue, notamment du fait de leur publication, une « conduite obligatoire » pour le gouvernement, incité à adopter les réformes

²⁰ Loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, préc. art. 86 ; pour des commentaires : Stanislas Martin, *La LME transfère le contrôle des concentrations à une nouvelle autorité de la concurrence. Concurrences 4-2008, Chronique Concentrations*, p. 99 ; Antoine Choffel et Emmanuel Reille, *l'Autorité de la concurrence : unifier pour mieux réguler. Décideurs SFD n° 97, septembre 2008*.

²¹ Voir les dizaines d'engagements souscrits par les parties pour obtenir des décisions d'autorisation ; par exemple : *décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-DCC-198 du 30 décembre 2010 relative à la création d'une entreprise commune par Veolia Environnement et la Caisse des Dépôts et Consignations*, comportant une série d'engagements, dont la création d'un « fonds d'animation de la concurrence » en matière de réseaux de transport urbain.

²² Michel Bazex, *L'attribution d'une fonction de régulation économique à l'Autorité de la concurrence. Contrats Concurrence Consommation n° 3-2011, comm. 76*. Un membre de l'Autorité, Patrick Spillaert, ne dit pas autre chose quand il parle de « *construction normative originale* » in : *Les avis de l'Autorité de la concurrence, Concurrences 3-2010*, p. 58.

²³ *Communiqué de presse de l'Autorité de la concurrence en date du 24 juin 2009*.

²⁴ *Avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 sur les contrats d'affiliation des magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire et n° 10-A-25 du 7 décembre 2010 sur les contrats de « management catégoriel » ; avis n° 11-A-02 du 20 janvier 2011 relatif au secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*.

nécessaires, et surtout pour les opérateurs concernés - exposés à un risque contentieux s'ils n'obtempèrent pas²⁵.

- On n'oubliera pas non plus, dans le même sens, et au-delà d'un pouvoir de régulation transmis par le législateur, l'essor récent d'une « soft law » à l'initiative de l'Autorité de la concurrence. Ce n'était, jusqu'à une période récente, que très indirectement qu'on pouvait considérer « les études thématiques » des rapports annuels de l'Autorité de la concurrence comme allant dans ce sens. C'est beaucoup plus directement aujourd'hui que l'Autorité de la concurrence adopte des « communiqués de procédure » ou même des « lignes directrices » qui jouent très nettement le même rôle que les circulaires administratives de naguère en France pour la mise en œuvre des textes législatifs et réglementaires. Il en est ainsi des lignes directrices adoptées en 2009 en matière de contrôle des concentrations, qui ont directement succédé à celles de la DGCCRF²⁶. Ou encore du « communiqué » (l'expression complémentaire « de procédure », utilisée précédemment, pour les engagements par exemple, semble désormais oubliée) relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires qui définit le cadre de la politique de sanctions de l'Autorité de la concurrence²⁷, comme le fait la Commission européenne, lequel a clairement le pouvoir normatif que l'Autorité française n'a pas officiellement.
- c) Enfin on ne peut plus caractériser « un régulateur » par sa seule vocation « sectorielle » pour dénier à l'Autorité de la concurrence ce titre.
- D'abord parce que la nature généraliste de cette dernière autorité ne l'a pas empêchée de faire souvent « jeu égal » avec les régulateurs concernés dans la compétence technique propre aux secteurs « régulés », que ce soit ceux désormais classiques, comme les télécommunications, ou d'autres plus nouveaux. On rappellera ici qu'en matière de télécommunications, le dialogue a été très poussé entre l'ART puis l'ARCEP qui lui a succédé, et ce dialogue comme les interventions du Conseil et de l'Autorité de la concurrence ont révélé l'audace « régulatrice » de ces derniers, au soutien du régulateur spécialisé ou parallèlement à celui-ci (on citera par exemple

²⁵ D'où le recours porté par Leclerc devant le Conseil d'Etat contre l'*avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010, relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire*, cf. lettre de Michel-Édouard Leclerc publiée par la Tribune du 15 décembre 2010.

²⁶ *Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations*, adoptées le 16 décembre 2009 et applicables à compter du 12 janvier 2010 (site Internet de l'Autorité).

²⁷ *Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires*.

les mesures imposées par le Conseil de la concurrence pour l'accès à Internet à haut débit ou tout récemment recommandés par l'Autorité²⁸).

Mais cette intervention « experte » de l'Autorité de la concurrence a été particulièrement remarquable ces derniers temps dans de nouveaux secteurs, qu'ils fassent ou non l'objet d'une régulation sectorielle : non seulement pour les paris en ligne ou le cadre structurel de la grande distribution, comme signalé précédemment (point I-2-b), mais aussi concernant le rôle des gares dans l'intermodalité des transports ou le marché du livre numérique²⁹.

- Ensuite et plus généralement, point n'est besoin de reconnaître à l'Autorité de la concurrence une compétence sectorielle le cas échéant, puisqu'il suffit d'admettre qu'à côté d'une régulation sectorielle, il existe bien une « régulation horizontale » en matière de concurrence. L'Autorité de la concurrence est tout simplement un régulateur horizontal.

Réalité explicitement assumée par les intéressés d'ailleurs. Il suffit de se référer à Monsieur Lasserre lui-même, qui, dès 2001, disait « *j'ai la chance de siéger également au Conseil de la concurrence, donc de réfléchir à ce qu'est une régulation horizontale de la concurrence* »³⁰. Maintenant président de l'Autorité de la concurrence, il a encore illustré récemment avec force ce rôle de régulateur³¹.

Entendons-nous bien : il ne suffit pas que l'Autorité de la concurrence s'autoproclame « régulateur » ou développe elle-même ce rôle de manière prétorienne. C'est plutôt que la doctrine, de manière très générale, a admis cette réalité, dès le début des années 2000³², mais surtout à travers de nombreux articles qui, ces derniers temps, recourent systématiquement au concept de « régulation de la concurrence » ou « régulation

²⁸ *Cons. Conc., avis n°08-A-09, 5 juin 2008, relatif à une demande d'avis de l'ARCEP dans le cadre de la procédure d'analyse des marchés de gros du haut débit et du très haut débit ; voir le commentaire de Michel Bazex, les modalités du recours à la régulation ex-ante (suite), Contrats Concurrence Consommation n°7, juillet 2008, comm. 180 ; avis n° 11-A-05 du 8 mars 2011 relatif à une demande d'avis de l'ARCEP portant sur le 3ème cycle d'analyse des marchés de gros du haut débit et très haut débit.*

²⁹ *Avis n° 09-S0A-01, 18 mai 2009, relatif à une saisine d'office pour avis dans le secteur du transport public terrestre de voyageurs ; avis n° 09-A-56, 18 décembre 2009, relatif à une demande d'avis du ministère de la culture et de la communication portant sur le livre numérique.*

³⁰ Bruno Lasserre, *Qu'est-ce qu'un régulateur ? Avis du colloque international de l'Université Paris-Dauphine des 17-18 mai 2001 sur les stratégies d'entreprise dans les nouvelles régulations – campus.media9.dauphine.fr/virtuel/video/conferences/regulations.htm*

³¹ Bruno Lasserre, *La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : un point de vue d'autorité (I), Concurrences n° 3-2010, et (II), Concurrences n° 4-2010.*

³² *Conseil d'Etat, Les autorités administratives indépendantes, préc. (voir notamment p. 346) ; J. de Guillenmidt, le sectoriel et le général dans le droit de la régulation, Petites Affiches n° 110, 3 juin 2002.*

concurrentielle » pour parler de la mission de l'Autorité de la concurrence³³.

Même du point de vue conceptuel, il nous apparaît que les différences relèvent désormais plus de la nuance que de la rupture. Il y a aujourd'hui beaucoup de caractéristiques communes entre un régulateur « généraliste » et un régulateur « sectoriel », en France comme à l'étranger. Les autorités de la concurrence présentent bien cette spécificité d'être une entité séparée des organes traditionnels du gouvernement et de l'administration, et la distinction d'une intervention « ex ante » versus une intervention « ex post » (déjà incertaine du fait que c'est très généralement que des autorités de la concurrence font du contrôle des concentrations, activité ex ante) s'est progressivement évanouie avec la multiplication des moyens d'action alternatifs aux sanctions ou des « lignes directrices » sous diverses appellations. On ne peut même plus dire que « *l'Autorité de concurrence ne surveille pas en tant que tels les marchés* »³⁴ depuis la définition de sa mission expressément adoptée par la LME (« *elle veille au libre jeu de la concurrence* »)³⁵.

Reconnaître qu'il y a un « régulateur » de la concurrence n'empêche d'ailleurs pas de pouvoir continuer à distinguer, dans la catégorisation juridique, le « droit de la concurrence » du « droit de la régulation » - il s'agit simplement aujourd'hui d'ensembles sécants. Le problème principal ne paraît pas de l'ordre de la sémantique, il est surtout dans le positionnement de ce régulateur de la concurrence par rapport aux autres institutions chargées également de la politique de la concurrence.

II. Le rôle et la légitimité de l'Autorité de la concurrence en matière de politique de la concurrence se sont accrus mais il reste de sérieuses ambiguïtés à lever

Le débat sur le rôle de régulateur ou non de l'Autorité de la concurrence doit déboucher sur la question de fond qui en est à l'origine : les missions et pouvoirs importants de l'Autorité sont-ils justifiés et encadrés comme il se doit dans le cadre institutionnel d'une démocratie ? En France, ce débat a été abordé pour l'ensemble des autorités administratives indépendantes, par d'excellents rapports du Conseil

³³ Entre autres : Laurence Idot et Christophe Lemaire, *Le nouveau visage de la régulation de la concurrence*, S.J. Ed. Générale n°12, mars 2009, I 125 ; Thierry Dahan et Christophe Lemaire, *Portrait de l'Autorité en jeune fille : l'Autorité de la concurrence issue de la LME*, *Revue Juridique de l'Economie Publique* n° 683, février 2011 ; Denys de Béchillon et Thierry Tuot, *Autorités de régulation : l'âge adulte*, *Les Echos*, 10 mars 2011 ; DGCCRF, *Actualités, Dossiers thématiques, commentaires du rapport du groupe de travail de l'ICN sur la répartition des compétences entre autorités de concurrence et régulateurs sectoriels*, 2004.

³⁴ Marie-Anne Frison-Roche, *Les 100 mots de la régulation*, préc. – p.26.

³⁵ C. com. art. L.461-1-I.

d'Etat³⁶ et du Parlement³⁷. Mais les deux rapports de ces institutions restent très globaux, ne consacrant que quelques lignes à l'Autorité de la concurrence. La doctrine a également abordé la question, plus spécifiquement à l'occasion de la mise en œuvre de la LME³⁸ - une discussion que nous souhaitons prolonger.

1. Le législateur a légitimé le rôle de l'Autorité comme acteur à part entière de la politique de la concurrence

Précisons que nous entendons par « politique de la concurrence » la conception et l'organisation par les pouvoirs publics des actions menées avec des moyens puissants en matière de respect des règles de concurrence comme de promotion de la libre concurrence dans l'économie – ce qui va au-delà du seul droit de la concurrence et implique des choix « politiques ». Cette régulation a à l'évidence « des implications politiques majeures »³⁹

- a) La LME, complétée par l'ordonnance n° 2008-1161 du 30 novembre 2008 et une série de décrets d'application⁴⁰, a établi les fondements du rôle essentiel que l'Autorité de la concurrence peut jouer en matière de politique de la concurrence.

On rappellera que c'est en toute connaissance de cause que ce rôle a été dévolu à l'Autorité, le Sénat s'étant particulièrement intéressé à la réforme et ayant décidé de transférer dans la loi l'essentiel des dispositions nouvelles concernant les missions et l'organisation de l'Autorité de la concurrence, que le Gouvernement avait initialement prévu de placer dans une ordonnance⁴¹.

Comme l'ont souligné les commentateurs, cette réforme importante a fait passer la France d'un régime d'entités « bicéphale », l'une plus « politique »,

³⁶ Conseil d'Etat, rapport public 2001 sur les autorités administratives indépendantes, préc.

³⁷ Rapport sur les autorités administratives indépendantes de l'office parlementaire pour l'évaluation de la législation par Patrice Gélard, *Les Rapports du Sénat*, juin 2006.

³⁸ Voir articles préc. note 33.

³⁹ Marie-Anne Frison-Roche, *Les 100 mots de la régulation*, préc. p. 116.

⁴⁰ Les décrets d'application de la LME concernant l'Autorité de la concurrence sont les suivants :
- les décrets n° 2009-139 à 2009-142, 10 février 2009 relatifs respectivement au toilettage de la partie réglementaire du Code de commerce, au régime des pratiques anticoncurrentielles locales confié à la DGCCRF, à la représentation de l'Autorité par son président et au nouveau régime de protection des affaires ;

- décrets n° 2009-185 et 2009-186, 17 février 2009 relatifs respectivement à la publication des décisions de l'Autorité en matière de pratiques anticoncurrentielles et au contrôle des concentrations ;

- décret n° 2009-322, 20 mars 2009, relatif à la prise en charge des enquêtes par le rapporteur général ;

- décret n° 2009-735, 26 mars 2009 relatif au conseiller-auditeur.

⁴¹ *Rapport de la Commission spéciale présidée par M. Gérard Larcher*, établi par Laurent Béteille, Elisabeth Lamure et Philippe Marini, *Sénat, session ordinaire de 2007-2008, n° 413*

le ministre chargé de l'économie avec son « bras armé », la DGCCRF, l'autre plus « technique », le Conseil de la concurrence, à une autorité unique (ou quasi unique) ; « *le ministre n'est plus autorité de la concurrence* »⁴². L'approche adoptée ici conduit cependant à dépasser le débat sur « monisme » ou « dualisme » des autorités de la concurrence, puisqu'en France comme ailleurs, le gouvernement fait aussi et toujours de la politique de la concurrence, plus ou moins consciemment et intensément.

En tout cas, relèvent bien de la politique de la concurrence trois types de pouvoirs transférés à l'Autorité de la concurrence ou renforcés entre les mains de celle-ci par la LME : le contrôle des concentrations, le pouvoir d'auto-saisine consultatif et le « pilotage » désormais complet des enquêtes de concurrence.

- Le transfert de pouvoir de décision du ministre à l'Autorité en matière de contrôle des concentrations a été l'aspect le plus visible de la réforme apportée par la LME aux aspects institutionnels du droit de la concurrence en France. Certes, comme le président de l'Autorité a pris soin de le souligner, ce transfert s'est effectué dans le cadre d'une répartition des tâches claire : l'Autorité a pour mission de prendre une décision dans le cadre de son expertise technique, sur la base de seules considérations de droit de la concurrence ; le ministre garde un pouvoir de décision résiduel, de type politique, au nom d'intérêts généraux autres que les préoccupations de concurrence⁴³.

Mais cette observation pertinente ne fait pas disparaître une autre réalité : l'exercice du contrôle des concentrations est un pouvoir de décision individuelle relevant normalement du pouvoir exécutif dans l'ordre juridique français, c'est une intervention « ex ante » comme précédemment indiqué et il s'agit d'une action d'envergure sur les structures économiques de la France, qui ne peut relever de la seule expertise technique. Ce n'est pas le vocabulaire utilisé qui change cette réalité profonde (le test d' « efficacité économique » dont l'Autorité a la charge se substituant au « bilan économique » d'antan qui était confié au ministre).

- Avec le nouveau pouvoir d'auto-saisine consultative, comme déjà indiqué, le législateur a confié à l'Autorité de la concurrence un pouvoir d'intervention qui est en train de se révéler considérable politiquement. Certes, comme l'a précisé M. Lasserre, les avis de l'Autorité « *ont vocation à fournir un diagnostic concurrentiel et à contribuer à la réflexion* », mais ils relèvent aussi d'une intention stratégique affichée :

⁴² Thierry Dahan et Christophe Lemaire, *Portrait de l'Autorité en jeune fille...* préc.

⁴³ Bruno Lasserre, *La régulation concurrentielle un an après sa réforme : un point de vue d'autorité (I)*, préc.

« permettre à l'Autorité française de construire une politique de concurrence axée sur les sujets prioritaires pour l'économie »⁴⁴ (souligné par nous).

- Même si cela est moins visible, la centralisation des pouvoirs d'enquête entre les mains de l'Autorité de la concurrence donne à celle-ci un rôle d'initiative lui permettant de construire une véritable « stratégie d'investigation » : les enquêtes lancées par l'Autorité sont désormais utilisées dans le cadre de la palette des moyens dont elle dispose pour être « aiguillés vers des points d'initiative jugés stratégiques pour le bon fonctionnement de l'économie (enquêtes individuelles, surveillance générale des marchés, études, avis d'initiative, activité européenne)... fruit d'une politique volontaire de définition des priorités et de hiérarchisation des cas »⁴⁵.

Pour mémoire, même si le législateur avait accordé ce pouvoir avant la LME, relèvent également de la politique de la concurrence ainsi décrite les actions menées par l'Autorité qui permettent une régulation sectorielle par le biais des engagements obtenus des sociétés concernées dans le cadre des procédures d'engagement et de non-contestation des griefs (cf. point I-2-b ci-dessus).

On n'hésitera pas, enfin, à placer également dans la politique de la concurrence les orientations adoptées en matière de sanctions. L'adoption par l'Autorité de « lignes directrices » (même baptisées « communiqué ») en est un affichage explicite - répondant ainsi à un simple constat, fait par le précédent président de la Chambre de la régulation économique de la Cour d'appel de Paris : l'Autorité « *mène une politique voulue par le Parlement et faite précisément... de sanctions* »⁴⁶.

- b) Le législateur a tenu à asseoir la légitimité de l'Autorité de la concurrence à travers plusieurs « garde-fous »

Le principe de l'indépendance d'un régulateur par rapport au pouvoir exécutif est généralement admis aujourd'hui : cette adaptation moderne de l'intervention des pouvoirs publics, pour des raisons d'efficacité, en particulier dans la sphère économique, est entrée dans les normes juridiques et politiques⁴⁷.

⁴⁴ Bruno Lasserre, *La régulation concurrentielle un an après sa réforme : un point de vue d'autorité (II)*, préc.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Thierry Fossier, Le « *sentencing* » en droit de la concurrence, *Revue Lamy Droit des Affaires* n°50, juin 2010.

⁴⁷ Notamment depuis le rapport 2001 du Conseil d'Etat sur les autorités administratives indépendantes, préc.

Mais, sous l'influence de l'évolution de la jurisprudence⁴⁸ comme des analyses critiques du Parlement lui-même⁴⁹, le législateur a accompagné le renforcement des pouvoirs du « régulateur de la concurrence » d'un certain nombre de garde-fous, qui doivent être rappelés, même brièvement :

- Renforcement de la séparation des fonctions d'instruction et de sanction à l'intérieur de l'Autorité de la concurrence, avec la création de deux hiérarchies distinctes, celle du Rapporteur Général pour l'instruction et celle du collège pour les décisions conduisant à des sanctions, avec modification subséquente de la répartition des tâches par rapport aux règles de fonctionnement précédentes du Conseil de la Concurrence.
- Renforcement des droits de la défense dans les procédures contentieuses devant l'Autorité de la concurrence, avec notamment la reconnaissance explicite de la présence de l'avocat lors des enquêtes avec perquisition, la création d'un « conseiller-auditeur », la protection accrue des secrets d'affaires...
- Renforcement du contrôle du juge en faveur des entreprises, pour assurer le double degré de juridiction demandé par la CEDH⁵⁰ dans les recours contre les ordonnances autorisant les visites et saisies.
- Introduction d'un contrôle parlementaire enfin, avec l'avis donné par le Parlement à la nomination du président de l'Autorité, l'obligation pour l'Autorité de rendre compte de son activité annuellement au Parlement et la possibilité pour celui-ci d'auditionner le président de l'Autorité⁵¹.

2. Il reste cependant de sérieuses ambiguïtés à lever

Rejoignant celles de plusieurs commentateurs, les quelques observations ci-dessous mettent en évidence quelques difficultés non résolues dans le positionnement institutionnel de l'Autorité de la concurrence.

Il y a bien sûr le problème général, inévitable, que l'Autorité partage avec d'autres autorités administratives indépendantes, du fait de son caractère hybride, voire de l'oxymore⁵² qui résulte de la contradiction majeure entre son caractère

⁴⁸ *Arrêt Cass. Com. 5 octobre 1999 : Bull. civ. 1999, IV, n°159*, transposant la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme – cf. Laurence Idot et Christophe Lemaire, *Le nouveau visage de la régulation de la concurrence en France – l'Autorité de la concurrence entre deux Europe, préc.*

⁴⁹ Patrice Gélard, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office Parlementaire pour l'évaluation de la législation, les rapports du Sénat 2006, n°2166-404.*

⁵⁰ *Arrêt Ravon et autres c. France, n° 18497/03 du 21 février 2008.*

⁵¹ *C. com. art. L. 461-5.*

⁵² Selon l'expression du rapporteur, Patrice Gélard, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes, préc.*

« administratif » (c'est-à-dire ni privé, ni judiciaire... mais « pouvoir public » rattaché à l'Etat) et son indépendance (qui interdit toute subordination à l'Etat). Mais un régime démocratique oblige tout régulateur à « *demeurer responsable de l'usage qu'il fait de ses pouvoirs* »⁵³ et à rechercher la cohérence de cet usage avec les autres pouvoirs publics également en charge de la politique de la concurrence.

Les principales interrogations que soulève la réalisation de ces objectifs pour l'Autorité de la concurrence concernent la répartition des tâches entre celle-ci et le Gouvernement, mais le contrôle exercé sur l'Autorité par le juge et par le Parlement mérite aussi d'être amélioré.

a) La répartition des tâches entre le Gouvernement et l'Autorité de la concurrence

Quatre points de cette répartition des tâches paraissent cruciaux à l'heure actuelle : l'élaboration des normes, la détermination des orientations stratégiques, la coordination entre l'Autorité et l'administration, la représentation à l'international.

- La dévolution du pouvoir normatif, courante désormais pour les « régulateurs », reste, dans la tradition française, un « démantèlement de l'Etat », touchant plus le pouvoir exécutif que le pouvoir législatif, s'agissant de « règlement » plutôt que de « loi »⁵⁴.

Il s'agit pour l'Autorité de la concurrence de sa « soft law », principalement constituée par ses « lignes directrices » ou « communiqués de procédure ». En l'absence de jurisprudence sur ces textes adoptés récemment, à la différence du droit communautaire⁵⁵, quelle valeur accorder à ces textes, pour leur donner sécurité juridique et les positionner dans l'arsenal normatif français, tout en gardant la souplesse nécessaire ? La réponse n'est pas évidente, mais peut être recherchée soit dans la procédure d'homologation dont bénéficient certains textes adoptés par les régulateurs⁵⁶, soit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat qui a étendu assez généreusement la couverture qu'il accorde aux circulaires administratives⁵⁷.

⁵³ Selon l'expression de Marie-Anne Frison-Roche, *Les 100 mots de la régulation*, préc. p. 118.

⁵⁴ Patrice Gélard, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, préc.

⁵⁵ *Arrêts CJCE, 28 juin 2005, Dansk Rozindustri, Affaires jointes, C-189, 202, 205, 208, 213/02, Rec. II-1681 ; CJCE, 22 mai 2008, Evonik Degussa, Affaires C-266/06.*

⁵⁶ Par exemple, l'AMF ou l'ARCEP.

⁵⁷ Conseil d'Etat, 11 décembre 1970, *Crédit Foncier de France*.

- La « définition d'orientations stratégiques réfléchies »⁵⁸ est un vœu pressant émanant de tous les types de praticiens, face aux « allers-retours » sur la place de la concurrence dans la politique gouvernementale ou aux divergences manifestées entre le Gouvernement et l'Autorité sur des questions telles que la politique de sanction des pratiques anticoncurrentielles, avec l'affaire du négoce de l'acier⁵⁹ : celle-ci a donné lieu successivement à une initiative gouvernementale, la création d'une commission de réflexion *ad hoc*⁶⁰, puis à l'élaboration d'un « communiqué » par l'Autorité, dont le président a dû expliquer qu'il ne s'agissait nullement d'un conflit sur qui « *prend la main* »⁶¹.

La question fondamentale du « qui fait quoi » en matière de stratégie n'est pas facile à résoudre ici. Prenons trois points d'application avant d'élargir le débat.

En matière de contrôle des concentrations, s'il n'y a pas eu de problème visible jusqu'à maintenant, en l'absence de concentration « sensible », beaucoup d'incertitudes existent : quel rôle le commissaire du gouvernement doit-il jouer ? Comment le ministre peut-il justifier une demande de passage en « phase 2 » et comment l'Autorité réagira-t-elle face à une telle demande ? Sur quelle base le ministre justifiera-t-il une décision contraire à celle de l'Autorité en fin de phase 2 sans être en contravention avec le droit européen ?... Cette fois-ci, ce sont des lignes directrices du ministre chargé de l'économie qui sont attendues sur ce point.

En matière d'avis d'initiative, ne doit-on pas circonscrire le pouvoir d'intervention de l'Autorité, qui, sinon, pourrait aller directement à l'encontre des préoccupations gouvernementales ? La solution pourrait être d'en revenir à la proposition de la « Commission Attali »⁶², qui limitait le pouvoir d'auto-saisine pour avis aux projets de textes législatifs ou réglementaires. Si l'on ne veut pas afficher une réduction des pouvoirs de l'Autorité, il faudrait au moins un « dialogue institutionnalisé » entre l'Autorité et le Gouvernement sur l'opportunité de l'auto-saisine envisagée et une intervention gouvernementale qui garde l'initiative suite à ces avis.

⁵⁸ Thierry Dahan et Christophe Lemaire, *Portrait de l'Autorité en jeune fille...*, préc.

⁵⁹ CA Paris, pôle 5, ch. 5-7, n° 2009/00334, 19 janvier 2010, *Négoce de l'acier*.

⁶⁰ Rapport de MM. Folz, Raysseguier et Schaub, membres de la *mission sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles*, remis à Madame Lagarde le 20 septembre 2010.

⁶¹ Bruno Lasserre, *la régulation concurrentielle, un an après sa réforme : un point de vue d'autorité (II)*, préc., point 61.

⁶² *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, remis au Président de la République le 23 janvier 2008, décision 189.

En matière de politique de sanctions, enfin, la contestation de la politique menée ces derniers temps par l'Autorité française (et plus encore celle communautaire)⁶³ conduit à s'interroger sur la meilleure approche possible. La finalisation des « lignes directrices » sur les sanctions sous forme de communiqué est l'occasion de se poser deux questions : si le Gouvernement est d'accord, doit-il « homologuer » ce texte ? Et s'il n'est pas d'accord, que fera-t-il, ne pouvant même plus demander une seconde délibération à l'Autorité ?... A défaut, on notera avec quelque amusement qu'il appartiendra à la Cour d'appel de Paris d'appliquer la jurisprudence administrative sur la force juridique de ce texte.

Plus fondamentalement, il y a un certain nombre de choix proprement « politiques » à effectuer : quel degré de concurrence définir dans tel ou tel secteur (*a priori* les secteurs sans régulateur sectoriel spécifique - par exemple les taxis, les professions libérales, la grande distribution) ? Quelle place accorder au service public (transports non régulés, santé...) ? Quels intérêts locaux ou sociaux faire valoir ? Quels investissements privilégier ?⁶⁴. On en revient ainsi, au moins là où il n'y a pas de régulateur sectoriel (voire même dans ces secteurs - par exemple la stratégie en matière énergétique...), à rechercher qui, du « régulateur concurrentiel » ou du Gouvernement, sera le mieux placé pour faire valoir les choix de long terme et de société les plus adéquats.

A ce stade, on peut déjà faire deux recommandations « raisonnables » : un exercice annuel de détermination explicite des priorités gouvernementales en matière de politique de la concurrence, à côté de celles (déjà effectuées...) par l'Autorité, et un dialogue constructif et institutionnalisé en la matière entre les deux institutions.

- La coordination pratique entre l'Autorité et la DGCCRF n'a heureusement jamais cessé, mais les tensions et incompréhensions ont été perceptibles de l'extérieur depuis la mise en œuvre de la LME. Il ne s'agit pas de remettre en cause le rôle prééminent de l'Autorité, voulu par le législateur, mais de rendre leur coordination plus harmonieuse et donc plus efficace dans les domaines où la DGCCRF a encore des responsabilités. On prendra ici deux points d'application à titre d'exemples.
 - Le premier concerne le rôle subsistant de la DGCCRF en matière d'enquêtes de concurrence sur le terrain. Du fait du transfert du seul corps national d'enquêteurs à l'Autorité, il y a un risque de déperdition des « indices » de pratiques anticoncurrentielles drainés par les

⁶³ V. notamment Jean-Paul Tran Thiet, *Dissuasion et Proportion*, in *Concurrence : l'infraction et l'amende*, Bulletin de l'ILEC n°418, mars 2011.

⁶⁴ Interrogations partagées par plusieurs auteurs. Voir en particulier Thierry Dahan et Christophe Lemaire, *Portait de l'autorité en jeune fille...*, préc. ; Denys de Béchillon et Thierry Tuot, *Autorités de régulation : l'âge adulte*, préc.

enquêteurs locaux de la DGCCRF⁶⁵. Certes, une partie de ces indices peut être exploitée dans le cadre du traitement des pratiques anticoncurrentielles « locales » laissée à la DGCCRF⁶⁶. Mais pour le reste, seule une coordination permanente entre les services d'enquête des deux organismes permettra de maintenir la mobilisation des services extérieurs de la DGCCRF dans ce domaine.

- Le second point d'application se situe au niveau de l'administration centrale de la DGCCRF : c'est la valorisation du rôle du commissaire du gouvernement. Ce peut être le meilleur support de la coordination entre les deux institutions. La présence d'un commissaire du gouvernement a été recommandée par le Parlement pour toutes les autorités administratives indépendantes⁶⁷, mais justement celui-ci existe depuis l'origine devant l'autorité française de la concurrence. La revalorisation de ce poste suppose qu'il soit exercé effectivement et régulièrement à un haut niveau hiérarchique et vise à traduire, dans les affaires qui le justifient, la vision stratégique du Gouvernement. On notera d'ailleurs que le président actuel de l'Autorité a lui-même appelé de ses vœux que « *le gouvernement veille à lui parler avec franchise de ses objectifs* »⁶⁸.
- Concernant la représentation internationale, on comprend la solution simple mise en œuvre depuis la LME, qui consiste à laisser à l'Autorité « unique » de la concurrence le siège de la France dans les institutions européennes et internationales de la concurrence, mais on rappellera qu'en la matière, le Conseil d'Etat avait recommandé en 2001 que, « *s'il s'agit d'une réunion à vocation décisionnelle, ce soit les seules autorités placées sous la responsabilité du Gouvernement qui s'expriment* »⁶⁹. On peut donc souhaiter que ce principe soit respecté et que, pour le comité consultatif des concentrations à Bruxelles en tout cas, le ministre puisse continuer à être représenté tant qu'il a une responsabilité décisionnelle en la matière.

b) Le contrôle de l'Autorité de la concurrence par le juge et par le Parlement

Les relations de l'Autorité avec le juge et le Parlement sont aujourd'hui des contreparties indispensables à son indépendance vis-à-vis du Gouvernement. Il subsiste cependant des points faibles dans l'exercice de ces contreparties - qui ne sont pas forcément où on le croit.

⁶⁵ Thierry Dahan et Christophe Lemaire, *Portait de l'Autorité en jeune fille...*, préc.

⁶⁶ *C. com.*, art. L.464-9 ; .

⁶⁷ Recommandation n 14 du *Rapport d'information sur les Autorités Administratives indépendantes* par René Dosière et Christian Vanneste, préc.

⁶⁸ Bruno Lasserre, *La régulation concurrentielle un an après sa réforme (I)*, préc., point 45.

⁶⁹ *Rapport du Conseil d'Etat sur les autorités administratives indépendantes*, préc., p. 347.

- Le contrôle judiciaire sur l’Autorité de la concurrence est exercé par deux juges distincts pour traiter des recours contre ses décisions - la Cour d’appel de Paris pour les pratiques anticoncurrentielles, le Conseil d’Etat pour le contrôle des concentrations. Nous ne rejoignons pas le souci du Parlement d’unifier totalement ces contentieux⁷⁰, la culture française supportant cette dualité dans beaucoup de domaines et la distinction entre contrôle des concentrations et contrôle des pratiques anticoncurrentielles ne soulevant pas de problème significatif en termes de contentieux.

Par contre, nous pouvons être sensibles à la difficulté qui résulte de l’organisation « verticale » des contentieux, en particulier entre l’Autorité de la concurrence et la Cour d’appel de Paris, qui conduit à un face à face difficile. Nous rejoignons ici les suggestions déjà publiées pour remédier au déséquilibre d’une cour sous-équipée face à une autorité aussi dynamique qu’experte, qui s’est traduit ces derniers temps par plusieurs cassations d’arrêts de la Cour de Paris (« désaveu du désaveu ») : il est indispensable de renforcer les moyens et l’expertise de la Chambre de la Régulation Economique, notamment par « *le recrutement de rédacteurs et d’assistants en économie* »⁷¹. Même avec ce renforcement, il n’y aura pas à craindre un « gouvernement des juges » en la matière. On peut aussi suggérer qu’il y ait une meilleure coordination entre l’avocat général et le représentant du ministre devant la Cour d’appel - cela donnerait plus de force aux défenseurs de l’intérêt général devant celle-ci, les prises de position divergentes constatées, par exemple dans l’affaire du négoce de l’acier, étant à la fois peu compréhensibles et contraires... à l’intérêt général.

Le contrôle par le Parlement de l’Autorité de la concurrence a été introduit par la LME, mais il souffre du même genre de faiblesse que celui de la Cour d’appel de Paris : une expertise insuffisante. On a pu parler de « déficit démocratique » du contrôle du régulateur de la concurrence⁷². A défaut de mise en œuvre de la responsabilité politique de l’Autorité de la concurrence, c’est sur la « *reddition des comptes* » et l’évaluation ex-post de son action que le contrôle peut être amélioré. Le dernier rapport parlementaire sur le sujet⁷³ a pu être vertement critiqué⁷⁴, la faiblesse nous paraissant se situer dans l’absence de compétence spécifique à l’heure actuelle dans les deux Chambres ou, lorsqu’elle existe, de disponibilité

⁷⁰ Recommandation n 4 du *Rapport d’information sur les autorités administratives indépendantes*, préc.

⁷¹ Thierry Dahan et Christophe Lemaire, *Portrait de l’autorité en jeune fille...*, préc., point 63..

⁷² Marie-Anne Frison-Roche, *les 700 mots de la régulation*, préc

⁷³ *Rapport d’information sur les autorités administratives indépendantes*, par René Dosière et Christian Vanneste, préc.

⁷⁴ Marie-Anne Frison-Roche, *Autorités administratives incomprises*, SJ, Ed. générale, n° 48, 29 novembre 2010.

pour profiter d'une compétence existante. On peut espérer le recrutement d'assistants parlementaires spécialisés et surtout un plus grand investissement des députés et des sénateurs sur cette matière. Sans oublier que la réalité du contrôle parlementaire sera d'autant plus grande s'il élargit son champ à la stratégie en matière de politique de la concurrence telle qu'elle devrait être combinée entre le Gouvernement et l'Autorité. On pourrait même souhaiter aller plus loin dans le contrôle de l'Autorité par le Parlement - « à l'américaine » ? -, si le Gouvernement abdique trop en matière de politique de la concurrence face à une autorité indépendante.

*

* *

En 2008, avec la LME, la France a fait un choix de société important, en confiant à une autorité indépendante une régulation horizontale de la vie économique, celle de la concurrence. Ce type de « régulation » est une réponse moderne, au carrefour du droit, de l'économie et de la politique, pour faire valoir le rôle utile de la concurrence dans le fonctionnement d'une « économie sociale de marché » complexe. Mais puisque l'Autorité de la concurrence est un acteur phare de la politique de la concurrence, il est essentiel que celle-ci s'insère harmonieusement et en connaissance de cause dans la politique économique et sociale de la France – ce qui implique que l'on puisse **aussi bien soutenir explicitement et prolonger les avis de l'Autorité, notamment en matière de réformes structurelles, que, le cas échéant, « réguler la concurrence »**⁷⁵ dans un sens différent de celui souhaité par l'Autorité. C'est la responsabilité première du Gouvernement, c'est au second niveau celle du Parlement, pour veiller au bon exercice de ces responsabilités. Nous serions heureux si les quelques réflexions ci-dessus pouvaient aider à l'amélioration du cadre des coordinations et arbitrages nécessaires.

⁷⁵ cf. Jean-Pierre Jouyet, *Vers la concurrence régulée*, Concurrences n° 4-2008, p. 1.