

# SÉNAT

SECONDE SESSION ORDINAIRE DE 1976-1977

Annexe au procès-verbal de la séance du 23 juin 1977.

## AVIS

PRÉSENTÉ

*au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale (1), sur le projet de loi, ADOPTÉ PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE APRÈS DÉCLARATION D'URGENCE, relatif au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante,*

Par M. Guy PETIT,

Sénateur.

---

(1) Cette commission est composée de : MM. Léon Jozeau-Marigné, président ; Marcel Champeix, Baudoin de Hauteclocque, Jean Sauvage, Jean Auburtin, vice-présidents ; Jacques Pelletier, Louis Virapoullé, Jacques Eberhard, secrétaires ; Jean Bac, Roger Boileau, Pierre Bouneau, Philippe de Bourgoing, Raymond Brosseau, Pierre Carous, Félix Ciccolini, Charles de Cuttoli, Etienne Dailly, Yves Estève, Henri Fréville, Jean Geoffroy, François Giacobbi, Jean-Marie Girault, Paul Guillard, Léopold Heder, Pierre Jourdan, Pierre Marcilhacy, James Marson, André Mignot, Daniel Millaud, Jean Nayrou, Marcel Nuninger, Guy Petit, Hubert Peyou, Maurice Pic, Paul Pillet, Pierre Schiélé, Edgar Tailhades, Jacques Thyraud.

Voir les numéros :

Assemblée Nationale (5<sup>e</sup> législ.) : 2388, 2754, 2954 et in-8° 692.

Sénat : 371, 417 (1976-1977).

---

Concurrence. — Ententes - Concentration des entreprises - Commission de la concurrence - Commission technique des ententes et des positions dominantes - Procédure pénale - Crimes et délits - Code pénal.

Mesdames, Messieurs,

Le projet de loi qui a été adopté par l'Assemblée Nationale a pour objectif :

— d'une part, de placer les concentrations sous surveillance et sous contrôle de manière qu'elles ne puissent prendre une position trop monopolistique leur facilitant une telle mainmise sur le marché considéré qu'elles déterminent les prix à leur convenance au détriment de la concurrence normale et, par voie de conséquence, aux intérêts des consommateurs ;

— d'autre part, d'éviter une prohibition trop absolue des concentrations industrielles et commerciales, au motif que les concentrations peuvent être, et sont souvent, en effet, utiles sinon nécessaires à l'économie du pays ; la comparaison de la dimension de nos grandes entreprises avec celles de l'étranger, en particulier dans les pays de la C. E. E., montre dans ce domaine une faiblesse relative de la part de la France.

En outre, une surveillance et un contrôle de même nature et aux mêmes fins s'exercera sur les ententes qui peuvent présenter certains avantages en faisant échapper la distribution à des doubles emplois et, par là, à un cumul onéreux de frais généraux, mais deviennent « illicites » et encourent des sanctions pécuniaires, doublées, le cas échéant, de sanctions pénales du moment qu'elles ont pour objet ou au moins pour conséquence de favoriser des abus en imposant au consommateur des prix artificiellement gonflés, générateurs de superprofits.

Les positions dominantes d'une entreprise, tant par elle-même que par ses filiales, sont de nature à présenter un danger similaire.

C'est ce que le projet de loi entend prévenir et, à défaut d'y parvenir, réprimer.

Notons qu'il n'y a pas dans les textes incompatibilité avec le système de capitalisme libéral, dans lequel nous vivons. Au contraire, il s'agit, comme dans de nombreux autres domaines, de défendre

les libertés tant globales qu'individuelles du citoyen, en empêchant les abus qui les feraient dégénérer en licence, au profit d'une minorité détentrice d'une certaine masse de capitaux. Il y a longtemps que les faits ont condamné la trop commode maxime « laisser faire, laisser passer », considérée comme une sorte de règle d'or par de nombreux économistes du XIX<sup>e</sup> et du début du XX<sup>e</sup> siècle, mais dont un certain nombre de méfaits, les inconvénients dépassant trop souvent les avantages, ne peuvent être contestés.

Le mécanisme qu'entend mettre en place le projet de loi n'a de valeur que s'il justifie de son efficacité. D'où la création de la Commission de la concurrence dont l'action doit se révéler *indépendante* à la fois des grandes forces économiques nationales ou internationales et de l'autorité politique des gouvernements. Compte tenu des modalités de nomination, son indépendance et son objectivité sont-elles probables, sinon même garanties ? L'exemple fourni par le Conseil constitutionnel, nommé lui aussi par les autorités politiques et dont l'indépendance s'est cependant maintes fois affirmée, prouve qu'il existe en France des hommes de haute qualité que leur grande conscience met à l'abri des pressions d'où qu'elles viennent.

Sans la prise de conscience de ces données, compte tenu de ce qu'un certain arsenal législatif existe déjà dans le domaine traité, sans qu'il ait pu se montrer pleinement satisfaisant, le présent projet de loi pourrait apparaître comme un alibi aux vices du capitalisme libéral, chaque système économique-politique ayant les siens.

La volonté commune du Gouvernement et du législateur doit être de créer une *réalité* et non un *fantôme de contrôle* à la fois souple et très efficace.

Telle est en tout cas notre intention.

Au contraire de la Commission qui l'aura précédée, la commission de la concurrence, sans être à proprement parler une juridiction, détiendra des pouvoirs quasi juridictionnels.

Il nous faut, avant d'achever ce préambule, souligner que la compétitivité s'analyse non seulement sur la production et la commercialisation exclusivement interne, mais également à l'égard de la concurrence exercée par les entreprises étrangères sur notre marché intérieur.

Il nous faut aussi, sur un plan tout différent, rappeler que la Commission des Lois n'est saisie que pour avis.

Les jugements de valeur sur les aspects économiques du projet appartiennent à la commission saisie au fond.

Néanmoins, dès lors que la Commission des Affaires économiques et du Plan adhère aux *principes*, c'est-à-dire à la nécessité d'une surveillance et d'un contrôle exercés sur la liberté de produire, d'entreprendre et essentiellement de mettre des marchandises sur le marché, les *moyens* employés pour atteindre l'objectif conforme à l'intérêt légitime de la masse des citoyens, que nous propose le Gouvernement, présentent un caractère juridique tel que la compétence de la Commission des Lois devait largement s'exercer. C'est ce qu'elle a cru bon de faire en vous proposant d'adopter les amendements ci-dessous au texte qui vous est présenté.

#### I. — La Commission de la concurrence.

Le titre premier A a pour effet de substituer à la Commission technique des ententes et des positions dominantes la Commission de la concurrence.

Le projet apporte plus qu'un simple changement de dénomination ; ainsi que l'a souligné le Premier ministre, il s'agit de créer une « instance jouissant d'une autorité indiscutable, d'une compétence élargie et des moyens renforcés ». Cette volonté de renforcer le rôle de la Commission se vérifie à trois niveaux :

##### — une compétence générale :

Le projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale donne à la Commission de la concurrence une compétence consultative générale sur toute question concernant la concurrence. Ainsi, la Commission pourrait être saisie des projets de lois ou de décrets de nature à affecter la liberté d'accès aux professions ou activités économiques ou de toute question relative aux pratiques commerciales ou professionnelles qui sont restrictives de la concurrence.

En matière de contrôle des concentrations et de répression des ententes illicites et des positions dominantes, la commission exercera les attributions définies par le présent texte.

— *la composition :*

En vertu d'un décret du 23 novembre 1968, la Commission technique des ententes et des positions dominantes est composée à l'heure actuelle de quatorze membres désignés par décret pour une durée de cinq ans : deux membres du Conseil d'Etat, deux magistrats de l'ordre judiciaire, deux magistrats de la Cour des Comptes, six membres choisis pour leur compétence professionnelle et deux membres retenus pour leur compétence économique. Le Gouvernement propose une commission plus restreinte composée de personnes choisies les unes parmi les membres du Conseil d'Etat et les magistrats de l'ordre judiciaire ou administratif, les autres en raison de leur compétence en matière économique, sociale ou de consommation.

L'Assemblée Nationale a entendu préciser les règles relatives au fonctionnement en reprenant, sous réserve de quelques modifications, les indications qui avaient été faites par le Premier Ministre. Ainsi, le nombre des commissaires a été fixé à neuf ; de plus, le texte prévoit que la Commission est assistée d'un rapporteur général et de rapporteurs qui seront sans doute nommés sur la proposition du président de la commission, le président, le rapporteur général et certains rapporteurs exerçant leurs fonctions à plein temps.

On peut regretter que la Commission ne dispose pas de services propres qui lui permettraient de rechercher les pratiques anticoncurrentielles ; le Premier Ministre, il est vrai, a assuré que le président pourrait donner directement des ordres au directeur général de la Concurrence et des prix, ce qui est de nature à conforter l'autorité du président de la Commission de la concurrence.

— *la saisine de la Commission :*

A l'heure actuelle, la Commission technique des ententes et des positions dominantes, si elle n'est pas saisie d'office, ne peut être saisie que par le Ministre chargé de l'Economie ou par un tribunal qui sollicite un avis. Le Gouvernement a prévu, dans la lettre rectificative, la possibilité pour les collectivités locales, les organisations professionnelles ou syndicales et les organisations de consommateurs agréées, de saisir la Commission de toute affaire dont elles ont la charge.

Toutes ces dispositions ne peuvent qu'être approuvées dans la mesure où elles renforcent l'autorité et l'indépendance de la Commission. Il reste toutefois la question de savoir quelle est la nature

juridique de cet organisme. Le Gouvernement s'est toujours refusé à créer une juridiction économique et ce en vue de garder la maîtrise de la politique de la concurrence.

De fait, la Commission technique des ententes et des positions dominantes avait précisé dans son premier rapport qu'elle n'était « ni une juridiction chargée de condamner ou d'absoudre à la lumière d'une loi rigide, ni une autorité administrative ayant pour mission d'accorder des dérogations à la règle de la libre concurrence, se résignant à jouer un simple rôle de conseiller économique du Gouvernement ». Force est de constater à la lecture du texte que la Commission de la concurrence tend à devenir un organisme quasi juridictionnel, cette évolution étant la conséquence nécessaire de l'extension des pouvoirs de l'Administration.

## II. — Le contrôle des concentrations.

La législation économique est caractérisée par l'opposition tranchée entre les ententes et les concentrations.

Les ententes sont regardées avec défaveur ; elles cristallisent les situations acquises, entravent le progrès technique et provoquent la hausse artificielle des prix.

Au contraire, la concentration est parée de toutes les vertus ; l'accent est mis sur la nécessité du regroupement des entreprises françaises, en vue d'atteindre un meilleur rendement économique et une taille leur permettant d'affronter efficacement la compétition internationale.

Les Pouvoirs publics ont encouragé le mouvement de la concentration tant dans le secteur privé que dans le secteur public afin de combler le retard de la France à l'égard de certains pays concurrents.

Ainsi que le dit un auteur (G. Farjat, *Droit économique*), la législation antitrusts a eu un rôle effacé en raison du faible degré de concentration qui était celui de la France.

Le présent texte institue un contrôle de la concentration à l'image des réglementations étrangères (loi allemande du 5 août 1973 par exemple) et avant que ne soit adoptée la proposition de règlement du Conseil des Communautés européennes. Il ne signifie pas

toutefois un abandon de la politique française en faveur de la restructuration industrielle. Il a seulement pour but d'éviter que les opérations de concentration ne soient détournées de leur objectif au profit de quelques-uns ; une partie équitable du profit doit être transmise aux consommateurs.

L'ambition du projet de loi est donc d'interdire les concentrations dont les inconvénients, sur le plan de la concurrence, excèdent les avantages sur le plan de la rationalité économique. Autrement dit, la concentration qui constitue inéluctablement une atteinte à la concurrence doit être justifiée par le progrès économique et social :

— la finalité du système mis en place explique que seules peuvent être contrôlées les opérations qui empêchent un « exercice suffisant de la concurrence » et qui soustraient les entreprises aux forces du marché ;

— les concentrations ne sauraient être permises que si elles apportent au progrès économique et social une contribution suffisante. En d'autres termes, une opération de restructuration qui affecterait irrémédiablement la concurrence pourrait être légitimée au nom de l'intérêt général économique.

Cette appréciation d'opportunité serait portée par le Ministre chargé de l'Economie et le Ministre chargé du secteur en cause, et cela dans les limites de l'avis de la Commission. Elle conduirait à des décisions qui pourraient être différenciées selon le bilan économique établi : autorisation, interdiction ou maintien subordonné à l'exécution d'engagements particuliers.

Il convient de noter que le contrôle des concentrations est une institution de caractère purement administratif. Le Ministre chargé de l'Economie et le Ministre concerné se voient attribuer des pouvoirs de sanction et d'injonction et deviennent en fait les autorités de tutelle qui surveillent et orientent la politique des entreprises privées.

Un tel mécanisme pose le problème des garanties :

— une première garantie est donnée aux intéressés par la consultation préalable de la Commission ; l'avis de la Commission doit intervenir non seulement sur la qualification de l'opération juridique mais encore sur les mesures à prendre et cela à chacun des stades de la procédure après que les intéressés ont été mis en mesure de produire leurs observations ;

— les décisions ministérielles sont des mesures faisant grief et peuvent en tant que telles être déférées au juge administratif par les entreprises qui s'estiment lésées. Mais la question est de savoir si le Conseil d'Etat sera en droit d'examiner l'appréciation qui aura été faite par la Commission de la suffisance de la concurrence ou de la contribution au progrès économique et social.

Mais, de telles garanties peuvent se révéler illusoire à l'expérience. Selon toute vraisemblance, en effet, la Commission de la concurrence se trouvera dans l'impossibilité de dégager un critère de la « bonne concentration », ce qui laisse la voie ouverte aux solutions d'espèce, voire à l'arbitraire.

Une autre question de fond reste posée. Le Gouvernement, s'appuyant sur l'expérience communautaire, en matière de notification d'entente, n'a pas voulu instituer une procédure de notification préalable de toutes les opérations susceptibles de porter atteinte à la concurrence et a préféré laisser aux entreprises le choix entre la déclaration facultative et un contrôle *a posteriori*.

La liberté de notifier ou de ne pas notifier a pour conséquence un contrôle *a posteriori* de l'Administration ; celui-ci pourrait conduire à la remise en cause de l'opération et au démantèlement des entreprises, ce qui causerait un grave préjudice aux tiers, notamment aux créanciers.

Votre commission souhaite, sur ce point, que le texte ne soit qu'une étape vers un système de déclaration obligatoire et préalable, comme cela existe déjà en République fédérale d'Allemagne.



### III. — La répression des ententes illicites et des abus de position dominante.

#### A. — LE SYSTÈME ACTUEL

##### 1° *Les critères du contrôle.*

L'article 59 *bis* de l'ordonnance de 1945 pose des directives de prohibition et l'article 59 *ter* des directives de justification :

L'article 59 *bis* prohibe :

— les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, ou coalitions sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, notamment :

En faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient, de vente ou de revente ;

Eu favorisant la hausse ou la baisse artificielle des prix ;

En entravant le progrès technique ;

En limitant l'exercice de la libre concurrence par d'autres entreprises :

— les activités d'une entreprise ou d'un groupe, d'entreprises occupant sur le marché intérieur une position dominante caractérisée par une situation de monopole ou par une concentration manifeste de la puissance économique, lorsque ces activités ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'entraver le fonctionnement normal du marché.

L'article 59 *ter*, qui deviendrait l'article 51, établit une discrimination entre les bonnes et les mauvaises ententes (ou activités des positions dominantes). Les ententes et les activités des entreprises occupant une position dominante sont exemptées de la prohibition :

— lorsqu'elles résultent d'un texte législatif ou réglementaire ;

— lorsqu'elles ont pour objet ou pour effet d'assurer le développement du progrès économique, notamment par l'accroissement de la productivité.

## 2° La procédure.

La Commission technique des ententes et des positions dominantes peut être saisie par le Ministre chargé de l'Économie ou se saisir d'office. Ayant pris connaissance de l'avis ou si la Commission technique ne s'est pas prononcée dans les six mois de la saisine, le Ministre prend une décision ou bien il ne donne aucune suite, ou bien il saisit le Parquet pour que celui-ci déclenche des poursuites pénales, ou bien il propose aux parties un « règlement amiable » aux conditions fixées par lui.

Cette offre peut être assortie de délais et conditions ; elle devient caduque faute d'acceptation dans un délai fixé par le Ministre et qui ne peut être inférieur à deux mois.

### B. — APPRÉCIATION DE SYSTÈME

L'expérience montre que l'alternative entre la transmission au Parquet et le règlement amiable ne permet pas de lutter efficacement contre les pratiques anticoncurrentielles.

Même dans les affaires qui constituaient de véritables entorses à la libre concurrence, la Commission technique a hésité à recommander la transmission du dossier à la justice. En effet, la peine encourue par une personne physique dont la responsabilité personnelle n'est pas toujours clairement définie apparaît souvent disproportionnée au délit.

Le règlement amiable est inopérant dans la mesure où son inexécution ne peut être sanctionnée.

### C. — LES SOLUTIONS PROPOSÉES

Pour remédier à ces difficultés, le projet de loi autorise le Ministre à prononcer des sanctions pécuniaires et substitue au règlement amiable un système d'injonction :

— *les sanctions pécuniaires :*

Le projet de loi, s'inspirant de la procédure communautaire, prévoit que le Ministre chargé de l'Économie peut, après avis de la Commission de la concurrence, infliger une amende à toute entreprise qui aurait participé à une entente ou qui aurait exploité

de façon abusive sa position dominante. Ces amendes qui ont un caractère administratif ne font pas double emploi avec les sanctions prononcées par le tribunal correctionnel ; les premières frappent les entreprises alors que les sanctions pénales visent les personnes ayant eu un comportement délictueux.

— *les injonctions* :

Dans l'hypothèse où les sanctions ne s'imposeraient pas, le projet de loi reconnaît au Ministre chargé de l'Economie, conjointement avec « le Ministre de tutelle » le pouvoir d'enjoindre aux entreprises de rétablir l'état de concurrence antérieur ou de mettre les pratiques litigieuses en conformité avec le développement du progrès économique et social.

En cas de non-exécution des injonctions, le Ministre chargé de l'Economie pourrait infliger des sanctions pécuniaires, ce qui différencie la procédure des injonctions du règlement amiable.

Mais, surtout, le titre II contient une innovation fondamentale. Lorsqu'une entreprise occupant une position dominante abuse de son pouvoir de marché, les Pouvoirs publics seront en droit d'ordonner une déconcentration.

En d'autres termes, l'injonction déboucherait sur une modification d'ordre structurel et non plus sur un changement de comportement de la part des entreprises.

Comme en matière de concentration, les entreprises vont se trouver placées sous la tutelle de l'Administration, exposées au danger de l'arbitraire. Outre l'intervention de la Commission, le projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale prévoit la possibilité pour les entreprises d'intenter devant le Conseil d'Etat un recours de pleine juridiction.

Le juge administratif serait en mesure, dès lors, d'annuler ou diminuer, voire d'aggraver les décisions ministérielles.

Le Conseil d'Etat devient ainsi la juridiction de droit commun de la réglementation des ententes et des positions dominantes et sa jurisprudence risque d'entrer en conflit avec la doctrine de la Commission de la concurrence.

## EXAMEN DES ARTICLES

### TITRE PREMIER A

Ce titre concerne la Commission de la concurrence qui se voit attribuer une compétence générale en matière de concurrence.

Pour assumer ces fonctions, pour la plupart nouvelles, la Commission comprendrait neuf commissaires assistés d'un rapporteur général et de rapporteurs.

Le texte contient deux autres innovations :

— la fonction de président et de rapporteur général et de certains rapporteurs constitue un emploi à temps plein, alors que, à l'heure actuelle, les membres de la Commission technique des ententes et des positions dominantes participent à ces travaux bénévolement ;

— l'autorité du président serait renforcée ; à ce propos, le projet du Gouvernement prévoyait que le président serait nommé en Conseil des Ministres pour une durée de cinq ans. L'Assemblée Nationale a préféré lier le choix du Gouvernement, indiquant que le président serait choisi parmi les membres du Conseil d'Etat et les magistrats de l'ordre administratif et judiciaire.

Votre commission a considéré que cette disposition n'était pas opportune ; elle a jugé souhaitable de revenir au texte initial ; tel est l'objet de l'amendement que votre commission a adopté.

Le projet de loi prévoit aussi que la Commission peut siéger en formation plénière ou en sections composées chacune de cinq membres. La Commission de la concurrence aurait en effet à étudier un nombre plus important d'affaires qui ne mériteraient pas toutes un examen en formation plénière.

Chaque section serait présidée par un commissaire ou le président de la Commission et comprendrait trois membres auxquels seraient adjointes deux personnes désignées selon les mêmes critères que les commissaires.

## TITRE PREMIER

### **Le contrôle de la concentration économique.**

Le titre premier institue un contrôle de la concentration économique. Il détermine, d'une part, le champ d'application de ce contrôle, d'autre part, la procédure et les sanctions.

#### LES OPÉRATIONS SOUMISES A CONTRÔLE

##### *Article 2.*

Pour être soumise à contrôle la concentration doit remplir deux conditions : résulter d'un acte, d'une convention ou d'une opération juridique ; empêcher ensuite l'exercice d'une concurrence suffisante sur le marché.

Le deuxième alinéa de cet article fixe un seuil au-dessous duquel le contrôle n'a pas à s'exercer : il faut que les entreprises occupent déjà, sur le marché, une place substantielle : plus de 40 % de la consommation nationale dans l'hypothèse de concentration horizontale ; dans le cas d'une concentration verticale ou conglomerale, il faudrait qu'au moins deux des entreprises en cause atteignent chacune pour au moins l'un des produits ou services, plus de 25 % de cette consommation.

Le texte établit une sorte de présomption d'amélioration économique en faveur des concentrations qui ne dépassent pas ce seuil ; au-delà les entreprises devront prouver que le progrès économique et social qu'apporte la concentration compense l'incidence éventuelle sur la concurrence.

Le principal défaut de ce texte est de soumettre à contrôle certaines opérations de concentrations sans définir l'opération elle-même, si ce n'est en indiquant qu'elle doit résulter d'un acte ou d'une opération juridique.

A cet égard, le projet contenait une énumération non limitative des actes et opérations soumis à contrôle. Cette disposition a été supprimée par l'Assemblée Nationale dans un souci de bonne technique législative. Votre commission, pour sa part, a préféré

rechercher une définition générale dans un amendement qu'elle vous propose d'adopter. Cette définition peut être décomposée en deux parties :

— la première partie vise plus particulièrement les actes qui affectent le patrimoine des entreprises : la fusion-absorption, la fusion par combinaison, la scission, l'apport partiel d'actif et, de façon générale, les actes qui emportent transfert de propriété ou de jouissance de tout ou partie des biens ou des droits d'une entreprise ;

— la deuxième partie a trait à tous les phénomènes de domination d'une entreprise sur toute autre entreprise.

On pense plus particulièrement à une opération publique d'achat ou d'échange, une prise de participation, ou de tout acte qui permet d'influencer la politique, la gestion ou le fonctionnement d'une entreprise.

Cette définition permet de viser toutes les hypothèses qui avaient été prévues par le projet initial à l'article 4. Elle présente l'autre avantage d'exclure du champ d'application du titre premier les phénomènes de croissance interne. Par voie de conséquence, la commission vous demande d'adopter un amendement tendant à supprimer l'article 10 *bis*.

Cet article, inséré par l'Assemblée Nationale, tend à soumettre à contrôle la croissance interne au même titre que les opérations de croissance externe.

Cette disposition aboutirait à sanctionner les entreprises les plus performantes et les dissuaderait de se développer plus encore. D'autre part, cet article ferait double emploi avec les dispositions du Titre II qui prévoient le démantèlement des entreprises occupant une position dominante lorsqu'elles abusent de leur pouvoir de marché.

D'un autre côté, le présent texte utilise à plusieurs reprises l'expression « actes, conventions et opérations juridiques ». Le terme de convention est inutile après le mot acte qui englobe tous les actes juridiques qu'ils soient unilatéraux ou bilatéraux.

Le dernier alinéa de l'article dispose que la Commission de la concurrence pourra exempter l'opération de concentration de l'application des mesures coercitives prévues à l'article 9 si elle apporte au progrès économique et social une contribution suffisante. Cette

formule n'est qu'une directive et il appartiendra à la Commission de préciser au fil des espèces les critères de la contribution suffisante au progrès économique et social. Toutefois, l'Assemblée Nationale a estimé que l'amélioration de la compétitivité des entreprises au regard de la concurrence internationale devait être un critère essentiel du contrôle effectué par la Commission.

## LA PROCÉDURE DU CONTRÔLE

### Article 6.

Cet article opère une distinction entre la notification préalable et le contrôle *a posteriori*.

Les entreprises peuvent notifier au Ministre chargé de l'Economie l'opération de concentration. Cette opération peut être préalable à la notification de l'acte ; une fois l'acte devenu définitif, elles peuvent encore notifier l'opération dans les trois mois, étant précisé que cette notification peut être assortie d'engagements particuliers souscrits par les entreprises.

Votre commission approuve ces dispositions et souhaiterait que la notification devienne la règle générale dans la mesure où elle éviterait toutes les difficultés pratiques liées à une opération de déconcentration.

Toutefois, dans un amendement rédactionnel, votre commission vous propose de substituer une périphrase au terme conclusion qui ne vise pas l'ensemble des hypothèses possibles.

La fusion de deux sociétés anonymes acquiert un caractère définitif lorsque le protocole de fusion élaboré par les dirigeants a été approuvé par les assemblées générales ; en l'occurrence, on ne saurait parler de conclusion.

Les deuxième et troisième alinéas de l'article 4 traitent de la procédure qui peut être suivie en l'absence de notification. Le président de la Commission peut faire rechercher par les services de la Direction générale de la concurrence et des prix les actes de concentration susceptibles d'être soumis à contrôle.

Cette disposition, introduite par l'Assemblée Nationale, ne peut qu'être approuvée que dans la mesure où le pouvoir du président s'en trouve renforcé. On peut toutefois émettre un doute sur l'effi-

capacité de cette mesure ; les fonctionnaires de la Direction de la concurrence et des prix resteraient soumis au pouvoir hiérarchique de leur Ministre.

La logique de cette disposition voudrait en effet que la Commission disposât de services propres.

Le troisième alinéa, qui résulte d'un sous-amendement du Gouvernement laisse au Ministre la possibilité de faire rechercher si ces actes tombent sous le coup de l'article 2. C'est là une conséquence nécessaire de la faculté qu'a le Ministre de saisir la Commission.

#### Article 7.

Cet article a trait à la saisine de la Commission. Le Ministre chargé de l'Economie, *proprio motu* ou sur demande du Ministre dont relève le secteur intéressé, peut soumettre à la commission toute opération de concentration.

Il existe ici une contradiction entre la faculté accordée au président de la commission de faire rechercher les opérations et l'impossibilité de se saisir d'office d'une affaire à propos de laquelle il a requis des enquêtes.

Le deuxième alinéa de cet article dispose qu'en cas de notification, le Ministre ne peut saisir la commission après l'expiration d'un délai de trois mois qui suit la réception de cette notification.

Toutefois, la Commission pourrait être saisie si les entreprises ne respectaient pas les engagements qu'elles ont souscrits à l'occasion de la notification car c'est au vu de ces engagements que le Ministre a décidé de ne pas saisir la Commission.

Ensuite, quand bien même les engagements auraient été respectés, le Ministre pourrait toujours saisir la Commission aux fins d'examiner un abus de position dominante.

C'est pourquoi votre commission vous propose d'adopter un amendement en vue de dissiper toute ambiguïté à cet égard.

Le troisième alinéa de cet article interdit la saisine de la Commission dans l'intervalle des trois mois suivant la date à laquelle l'opération a acquis un caractère définitif afin que les entreprises puissent encore bénéficier du régime de la déclaration préalable.



Il a déjà été indiqué que le système de notification est préférable à tout contrôle *a posteriori*.

En l'absence de cette notification, il serait souhaitable que le contrôle intervienne le plus rapidement possible après la réalisation définitive de l'opération de concentration. L'Administration est en effet parfaitement informée des opérations de concentration, notamment en ce qui concerne les sociétés cotées en bourse.

Toute fusion concernant les sociétés est publiée au *Bulletin des Annonces légales obligatoires (B. A. L. O.)*. De plus, en vertu du règlement général de la Compagnie syndicale des Agents de change, approuvé par arrêté du Ministre des Finances, les offres publiques d'achat ou d'échange sont soumises au Ministre.

#### *Article 8.*

Cet article concerne l'examen proprement dit de l'opération de concentration.

La Commission établit le bilan économique de l'opération en recherchant si les atteintes à la concurrence sont compensées par des avantages au niveau de la rentabilité économique.

A la lumière de ce bilan, la Commission émet un avis en précisant, le cas échéant, les mesures de nature à atténuer le risque de restriction de la concurrence.

Le deuxième alinéa a trait aux conditions dans lesquelles les entreprises se font communiquer les pièces ou rapports et sont en mesure de présenter leurs observations à tout moment de la procédure.

#### *Article 9.*

Cet article énumère les mesures consécutives aux avis de la Commission. Ces mesures présentent une certaine gravité. Le projet de loi prévoit, en conséquence, certaines garanties :

— l'arrêté qui prononce ces mesures doit être pris par le Ministre chargé de l'Economie et le Ministre dont relève le secteur concerné ;

— l'arrêté ne saurait excéder les limites de l'avis ;

— les intéressés doivent avoir été mis en mesure de présenter leurs observations.

Aux termes des deux premiers alinéas, le Ministre chargé de l'Economie et le Ministre concerné pourront :

— enjoindre aux entreprises de rétablir une concurrence satisfaisante dans un délai déterminé ;

— subordonner l'entrée et le maintien en vigueur de l'acte à l'observation de prescriptions de nature à apporter au progrès économique et social une contribution satisfaisante qui justifierait les atteintes à la concurrence.

En dépit de l'extension des pouvoirs de l'Administration, votre commission approuve ces dispositions. Mais, dans un amendement d'ordre rédactionnel, elle vous propose de remplacer l'expression « l'entrée ou le maintien en vigueur de l'acte », par l'expression « la mise en application de l'acte ».

Lorsque la concentration a fait l'objet d'une notification, le texte prévoit qu'aucune des mesures ne pourra être prise après l'expiration d'un délai de huit mois suivant la date de la réception de la notification. La procédure peut être néanmoins rouverte si les engagements n'ont pas été respectés ou si les injonctions ou les prescriptions n'ont pas été exécutées. Là encore, il paraît souhaitable de réserver l'application des dispositions relatives à l'abus de position dominante.

#### *Article additionnel après l'article 14.*

Le titre premier institue un contrôle purement administratif des concentrations. La seule garantie offerte aux entreprises réside dans l'intervention de la Commission dont les avis conditionnent les décisions ministérielles. Par ailleurs, le deuxième alinéa de l'article 8 prévoit à cet effet que les rapports au vu desquels la Commission est appelée à se prononcer ainsi que les documents sur lesquels se fonde la Commission sont communiqués aux intéressés qui ont la possibilité de produire leurs observations à tout moment de la procédure. Lorsque le dossier se trouve entre les mains du Ministre, les entreprises doivent être entendues avant toute décision. Votre commission vous propose, dans un amendement qu'elle a adopté, d'affirmer encore plus la volonté de préserver les garanties de la défense : en toute hypothèse, la procédure présentera à l'égard de toute partie intéressée un caractère pleinement contradictoire.

*Article 15.*

Les injonctions et les prescriptions de l'article 9 ont un caractère contraignant et s'imposent aux entreprises nonobstant toute clause contraire stipulée par les parties.

En cas d'inexécution des injonctions ou des prescriptions, le Ministre chargé de l'Economie et le Ministre de « tutelle » peuvent prononcer une sanction après avoir consulté sur son montant le président de la Commission de la concurrence. Dans un amendement d'ordre rédactionnel, votre commission vous propose de supprimer les mots « pour ce motif » qui sont inutiles.

Il est apparu opportun de lier le pouvoir de sanction du Ministre. En effet si, par exemple, une société qui a pris une participation majoritaire dans une autre société refuse de se plier aux injonctions du Ministre, il serait contraire à l'équité que la filiale soit sanctionnée au même titre que la société mère qui est seule à l'origine de l'opération. Votre commission vous propose, dans un amendement qu'elle a adopté, de préciser que le Ministre intéressé doit tenir compte du rôle joué par chaque entreprise dans l'opération de concentration.

*Article 16 bis.*

L'article 16 *bis*, ancien article 14 du projet de loi, prévoit que les agents habilités à rechercher les actes entrant dans le champ d'application du présent titre sont ceux énumérés à l'article 13 de l'ordonnance du 30 juin 1945 à savoir les brigades d'enquêtes soumises au pouvoir hiérarchique du Directeur de la concurrence et des prix.

L'article 16 *bis* rappelle que le président peut requérir de sa propre initiative des enquêtes en application du deuxième alinéa de l'article 6.

Le deuxième alinéa précise que les rapporteurs ont les mêmes pouvoirs que les agents énumérés à l'article 13 de l'ordonnance.

## TITRE II

### **Des sanctions applicables en cas d'infraction à la législation des ententes et des positions dominantes.**

#### *Article 17.*

Cet article énonce des mesures d'ordre : la section IV du Livre III de l'ordonnance n° 45-1 483 du 30 juin 1945 devient la section III et les articles 59 *bis*, 59 *ter* et 59 *quater* deviennent respectivement les articles 50, 51 et 52. Cet article supprime aussi la procédure de règlement amiable organisée par l'ordonnance du 28 septembre 1967. Cette procédure transactionnelle n'a pas eu toute l'efficacité escomptée, le règlement amiable n'étant assorti d'aucune sanction pécuniaire.

#### *Article 18.*

L'article 18 aggrave les sanctions pénales. Les actions et activités faisant le jeu de la concurrence seront passibles des sanctions prévues à l'article 41 de l'ordonnance n° 45-1 483 de 1945, soit emprisonnement de quatre mois à quatre ans et (ou) le montant de 120 à 400 000 F. Ce doublement des sanctions pénales se justifie par le fait que la transmission du dossier au Parquet ne visera que des comportements manifestement délictueux.

#### *Article 19.*

Cet article élargit la notion de position dominante. Celle-ci ne s'apprécie pas seulement au regard de l'ensemble du marché mais aussi en fonction d'une partie substantielle du marché intérieur.

Cette nouvelle rédaction reprend les termes de l'article 86 du Traité de Rome.

Il faut noter que le texte laisse entière liberté à la Commission pour définir la notion de position dominante alors que le titre premier définit des pourcentages au-delà desquels le contrôle devient possible.

*Article 20.*

Les deux premiers alinéas de cet article apportent à l'article 59 *bis*, qui deviendrait l'article 52, des modifications de pure coordination.

Le troisième alinéa a pour objet d'ouvrir la saisine de la Commission aux collectivités territoriales, aux organisations professionnelles ou syndicales et aux organisations de consommateurs agréées « pour toute affaire qui concerne les intérêts dont elles ont la charge ». Approuvant le principe d'un élargissement de la saisine, l'Assemblée Nationale a néanmoins exprimé la crainte que la commission ne soit encombrée par un nombre trop important de requêtes.

C'est pourquoi l'Assemblée Nationale a jugé souhaitable d'instituer un système de filtrage. Votre commission approuve cette amélioration dans la mesure où elle préserve les droits des plaignants à contester la décision de classement d'une affaire.

On remarquera à ce propos que la décision de rejet de la plainte est la seule décision de la Commission qui puisse faire l'objet d'un recours devant la juridiction administrative. Toutes les autres décisions ne peuvent faire grief en tant que telles.

Le quatrième alinéa améliore les droits de la défense en précisant que les rapports établis par les rapporteurs de la Commission doivent contenir l'exposé des faits et les griefs relevés à la charge des entreprises ainsi que les éléments d'information et les documents ou leurs extraits sur lesquels se fondent les rapporteurs.

Jusqu'à présent, il était seulement prévu que les rapporteurs doivent communiquer leurs rapports aux parties intéressées qui sont mises en mesure de présenter leurs observations. Il faut reconnaître que ces rapports étaient trop succincts pour que les parties prennent ample connaissance du dossier d'instruction.

*Article 20 bis.*

Pour bien marquer sa volonté de sauvegarder les droits de la défense, l'Assemblée a inséré dans ce texte un article additionnel renvoyant à un décret le soin de préciser les garanties des particuliers.

Votre commission approuve ces dispositions en souhaitant qu'elles ne restent pas une pétition de principe. Aussi bien votre commission vous demande, dans un amendement, de préciser qu'en toute hypothèse la procédure devra présenter à l'égard de toute partie intéressée un caractère pleinement contradictoire.

De la sorte, le décret visé à l'alinéa premier ne saurait déroger au principe du débat contradictoire.

#### *Article 21.*

L'article 21 introduit sept articles nouveaux dans l'ordonnance du 30 juin 1945, à la suite des anciens articles 59 *bis*, 59 *ter* et 59 *quater*.

Le retour à la voie administrative pour réprimer les ententes illicites et les abus de position dominante s'explique par la lenteur des procédures judiciaires et l'inadaptation des sanctions pénales.

Mais la coexistence des voies judiciaires et administratives risque de conduire à des problèmes de frontière voire à des cumuls de sanctions.

#### *Article 53.*

L'article 53 ouvre la possibilité de prononcer des sanctions administratives dites lourdes. Le Ministre chargé de l'Economie peut, après avis de la commission, soit transmettre au Parquet, soit infliger par décision motivée une sanction pécuniaire. Dans ce dernier cas, la compétence ministérielle est liée par l'avis de la Commission qui constitue un avis conforme au plafond :

— la Commission doit avoir reconnu le caractère illicite de l'entente ou constaté l'abus dans le comportement de la position dominante ;

— elle doit avoir admis la possibilité de prononcer une amende administrative dont elle détermine le plafond.

Ces sanctions sont fixées dans des limites légales maxima, soit 5 millions de francs ou 10 % du chiffre d'affaires des entreprises.

Cette disposition s'inspire du règlement n° 17/62 du règlement du Conseil des Communautés européennes ; aux termes de l'article 15 de ce règlement, la Commission peut par voie de décision,

infliger aux entreprises ou associations d'entreprises des amendes de 1 000 unités de compte au moins et d'un million d'unités de compte au plus. Ce dernier montant pourra être porté à 10 % du chiffre d'affaires.

Cette disposition de l'article 53, toutefois, ne se semble pas satisfaisante dans la mesure où elle fixe un double plafond. Aussi bien, la commission a adopté un amendement tendant à déterminer un seul plafond. De plus, le titre II contient certaines incertitudes dans la terminologie. L'article 53, par exemple, utilise l'expression « toute entreprise ou personne morale ». Votre commission, dans un amendement d'ordre rédactionnel, vous propose l'expression « toute entreprise » qui recouvre à la fois les entreprises à caractère individuel et les entreprises à caractère sociétaire.

A titre de peine complémentaire, la décision ministérielle peut assortir les sanctions de mesures de publicité, mais à la condition que la commission ait émis un avis en ce sens.

Le troisième alinéa de l'article 53 précise que le Ministre ne peut plus prendre de sanction une fois le dossier transmis au Parquet, *a contrario* cette disposition permet le cumul des sanctions administratives et judiciaires. L'objet est de permettre à l'Administration, après avoir sanctionné directement les entreprises, d'engager des poursuites pénales contre les dirigeants de droit ou de fait qui auraient commis personnellement des infractions aux articles.

Dans un amendement qu'elle vous propose d'adopter, votre commission a décidé de supprimer cette disposition qui ne se trouve pas à sa place à l'article 53. En effet, elle vise également le cas des sanctions judiciaires prononcées selon la procédure allégée de l'article 55.

#### *Article 54.*

Les sanctions pécuniaires peuvent se révéler inadaptées à certaines situations. Aussi le texte prévoit-il un système d'injonction administrative qui vient se substituer à la procédure de règlement amiable. Le premier alinéa concerne les ententes illicites et les abus de position dominante : si l'entreprise a méconnu une des dispositions édictées à l'article 50 sans que les pratiques litigieuses puissent être justifiées par les dispositions de l'article 51, le Ministre peut lui enjoindre de rétablir par tout moyen l'état de concurrence

antérieur ou de faire en sorte que l'entente ou l'exploitation de la position dominante contribue au développement du progrès économique.

Le dernier alinéa vise plus particulièrement l'exploitation abusive de la position dominante : le Ministre chargé de l'Economie, conjointement avec le Ministre de « tutelle » peut enjoindre à l'entreprise de procéder au démantèlement de sa position dominante.

Cet alinéa ne distingue pas selon le fait générateur de la concentration (croissance externe ou interne) et ne prévoit aucun délai. C'est une mesure grave qui devra être utilisée avec la plus grande prudence par les autorités administratives et ce d'autant plus que les conséquences juridiques du démantèlement ne sont pas examinés avec précision dans le texte lui-même. (L'article 385 de la loi du 24 juillet 1966 sera-t-il applicable ?)

*Article 55.*

Cet article institue une procédure allégée. S'il estime que des faits constituent une infraction aux prohibitions de l'article 52, le Ministre peut consulter le président de la Commission sur l'opportunité de la saisine de la Commission. Si celui-ci estime qu'il est inutile de saisir la commission, le Ministre inflige une sanction dont le montant ne peut excéder 100 000 F.

L'Assemblée Nationale a adopté un amendement tendant à préciser que le recours à la procédure de l'article 53 est de droit lorsque les parties en cause le proposent. Votre commission approuve cette modification, car elle garantit les droits de la défense.

*Article 56.*

Les décisions prises en application des articles 52 à 55 sont publiées au *Bulletin officiel des Services des prix*. De plus, ces décisions peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'Etat. Ainsi le Conseil d'Etat, qui fera alors prévaloir sa propre conception du progrès économique, sera en mesure d'annuler, voire de réformer la décision ministérielle qui est pourtant conforme, du moins quant à son maximum, à l'avis de la Commission.

*Article 57.*

Cet article dispose que les sanctions pécuniaires sont recouvrées comme en matière d'impôts directs.



*Article 58.*

La prescription du délit d'entente illicite et d'abus de position dominante est la prescription de droit commun de trois ans. Ce délai se révèle très court dans la mesure où la constatation des faits susceptibles de constituer un délit résulte le plus souvent d'actes administratifs d'enquête, lesquels, au contraire des actes de police judiciaire, n'ont pas le caractère d'actes d'instruction et de poursuite interruptifs de la prescription. Or, la procédure de l'article 59 *quater*, qui deviendrait l'article 52, déroge aux règles normales de constatation des infractions qui sont soit consignées dans les rapports établis par les agents visés à l'article 6 de l'ordonnance, soit constatées par voie de procès-verbal.

Prenant acte du caractère de la procédure de l'article 59 *quater*, une décision récente de la Chambre criminelle de la Cour de cassation a admis que les procès-verbaux par lesquels les agents de la Direction de la concurrence et des prix ne constituent pas de simples actes d'enquête administratifs mais sont par nature des actes de police judiciaire, et en a déduit que ces procès-verbaux sont au sens des articles 7 et 8 du Code de procédure pénale des actes interruptifs de la prescription de l'action publique.

L'article tend à confirmer cette jurisprudence encore hésitante. D'autre part, la qualification de l'infraction résulte nécessairement de l'appréciation de la Commission qui est saisie par le Ministre ou par les collectivités et organismes habilités ou qui se saisit d'office ; il est donc souhaitable, comme le prévoit le projet, que la saisine de la Commission interrompe la prescription de l'action publique, ce qui accentue le caractère juridictionnel de la Commission.

*Article 59.*

Cet article détermine les conditions dans lesquelles peuvent s'exercer l'action et l'action civile devant les juridictions pénales.

1. — Le régime actuel.

Aux termes de l'article 59 *quater*, le Ministre chargé de l'Economie a le monopole de l'exercice des poursuites pénales. Seule la transmission du dossier au Parquet permet l'exercice de l'action publique. De plus, les tiers lésés ne peuvent se constituer partie civile ni par voie d'action ni par voie d'intervention pour obtenir réparation du préjudice particulier qui leur a été causé.

La justification de ce système réside dans l'idée que ces infractions concernent l'intérêt général dont le Ministre ou le parquet sont seuls juges.

L'article 45 de la loi du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat a instauré l'action civile en matière d'infractions à la législation économique réprimées sur la base de l'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945, mais a assorti le retour du droit commun d'une exception relative aux infractions visées à l'article 59 bis.

Les tiers qui s'estiment lésés par une de ces seules infractions disposent de trois voies de recours devant les juridictions :

— les alinéas 3 et 4 de l'article 59 bis prévoient la nullité de tout engagement ou convention se rapportant à une pratique prohibée sur le fondement de l'alinéa premier. Cette nullité peut être invoquée par les tiers et les parties, étant observé que l'avis de la Commission, s'il en est intervenu un, doit être communiqué au tribunal ;

— une action en responsabilité civile peut être intentée par les tiers qui doivent faire état d'un préjudice, d'une faute et d'un lien de causalité entre ces deux éléments ;

— les particuliers peuvent enfin se constituer partie civile devant la juridiction répressive sur le fondement de l'article 419 du Code pénal. Le deuxième paragraphe de cet article dispose que « toute personne qui, en exerçant ou tentant d'exercer soit individuellement, soit par réunion ou coalition une action sur le marché dans le but de se procurer un gain qui ne serait pas le résultat du jeu naturel de l'offre et de la demande, aura, directement ou par personne interposée, opéré ou tenté d'opérer la hausse ou la baisse artificielle du prix des denrées ou marchandises ou des effets publics ou privés, sera punie d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de 7 200 F à 360 000 F ».

Il est vrai que cet article est peu appliqué si ce n'est par les grandes entreprises qui ont à leur disposition des services de contentieux importants.

## 2. — Le régime proposé.

L'article 59 permet l'exercice de l'action civile devant la juridiction pénale. Le retour au droit commun est assorti d'une restriction ; la constitution de la partie civile sera subordonnée

à la transmission du dossier au Parquet par le Ministre qui conserve l'initiative en la matière. Si le Ministre prend une telle décision, les particuliers lésés pourront agir par voie d'action chaque fois qu'une affaire aura donné lieu à décision de classement ou par voie d'intervention lorsque l'action publique sera déclenchée.

Dans l'hypothèse où le Ministre n'aurait pas transmis au Parquet, il resterait aux tiers lésés la possibilité d'invoquer l'application de l'article 419-2° qui, à la différence de l'article 59 bis, ne fait allusion à aucun fait justificatif d'ordre économique.

Le projet de loi du Gouvernement ajoutait à toutes ces possibilités une autre voie ; aux termes de l'article 59 du projet de loi, la publication des décisions ministérielles permettait l'exercice de l'action civile et celui de l'action publique au même titre que la transmission au Parquet. Cette disposition a été supprimée par l'Assemblée Nationale au motif qu'elle risquait de conduire à une contrariété de jurisprudence entre la juridiction pénale et le Conseil d'Etat saisi d'un recours contre les décisions ministérielles. On peut noter que la même critique vaut à l'égard de la transmission au Parquet qui peut intervenir à la suite de décisions ministérielles déferées au Conseil d'Etat.

Votre commission a estimé que cette modification restreignait les droits des particuliers lésés par des pratiques anticoncurrentielles et vous propose dans son amendement de rétablir la disposition initiale. L'étendue des droits de la partie civile ne doivent pas être laissés à la discrétion du Ministre chargé de l'Economie alors même que le prononcé de la sanction vaut reconnaissance de l'infraction.

*Article additionnel 59 bis (nouveau).*

Le système mis en place par le titre II du projet de loi permet à la fois l'application des sanctions administratives et des sanctions judiciaires. C'est ainsi que le Ministre peut toujours transmettre le dossier au Parquet quand bien même il aurait prononcé des sanctions pécuniaires à l'encontre des entreprises. Il ne saurait être question de soutenir que le passage de la procédure administrative à la procédure judiciaire lors de la même affaire, ne se justifie pas puisque si les sanctions administratives visent les

entreprises, les sanctions pénales ne peuvent concerner que les dirigeants de droit ou de fait qui se sont rendus coupables de délits contre la réglementation économique.

Il est par contre regrettable qu'à l'inverse, il n'ait pas été prévu dans le projet une voie de passage parallèle entre la procédure judiciaire et la procédure administrative. Cet oubli est d'autant plus singulier que la procédure générale de l'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945 — que le présent projet de loi ne vise qu'à compléter à l'égard des ententes — donne pouvoir au procureur, au juge d'instruction ou au tribunal de choisir entre les poursuites judiciaires et le renvoi à l'administration en vue d'une transaction. L'article 33 de cette ordonnance dispose en effet :

« Le procureur de la République, le juge d'instruction ou le tribunal peut, tant qu'une décision statuant au fond, contradictoirement ou par défaut, n'a pas acquis l'autorité de la chose jugée, faire droit à la requête des personnes poursuivies ou de l'une d'entre elles, demandant le bénéfice d'une transaction. Dans ce cas, le dossier est transmis au directeur départemental du commerce intérieur et des prix aux fins de règlement transactionnel.

« L'administration du commerce intérieur et des prix dispose, pour conclure la transaction, d'un délai fixé par l'autorité judiciaire qui a été saisie. Ce délai, qui court du jour de la transmission du dossier, ne peut être inférieur à trois mois ni excéder six mois.

« Après réalisation définitive de la transaction, le dossier est renvoyé au procureur de la République, au juge d'instruction ou au tribunal, qui constate que l'action publique est éteinte.

« En cas de non réalisation de la transaction, l'instance judiciaire reprend son cours. »

Le présent amendement n'a d'autre but que d'introduire une disposition analogue concernant les sanctions administratives et de prévoir que les personnes mises en cause devant la juridiction répressive auront, elles aussi, la possibilité de demander l'application des articles 53, 54 et 55.

Le procureur de la République, le juge d'instruction ou le tribunal pourrait alors faire droit à la requête des intéressés. Dans ce cas, le dossier est transmis au Ministre chargé de l'Economie et, après publication de la sanction administrative, le dossier est renvoyé au procureur, au juge d'instruction ou au tribunal qui constate que l'action publique est éteinte.

Toutefois, et en application du dernier alinéa de l'article 45 de la loi du 27 décembre 1973, les droits de la partie civile doivent être préservés. Aussi est-il prévu que l'action civile pourra s'exercer, même si la juridiction répressive n'avait pas été saisie avant la transmission au Parquet.

Néanmoins, le Ministre, après examen du dossier, peut décider que l'affaire ressortit bien à la compétence des tribunaux répressifs. Dans ce cas, deux possibilités s'offrent à lui :

— ou il ne prend pas de décision dans le délai de huit mois, ce qui provoque la reprise de la procédure judiciaire ;

— ou il demande au Parquet de déclencher l'action publique devant la juridiction pénale sur la base de l'article 419-2°, comme c'est le cas actuellement devant un Parquet du Sud-Est, pour une affaire importante, récemment évoquée par la presse. L'article 59 *bis* ne saurait en effet s'appliquer dans cette hypothèse puisque la procédure est strictement judiciaire.

Ainsi l'amendement que la commission vous demande d'adopter ne fait qu'achever de tirer les conséquences de la distinction entre les sanctions pécuniaires et les sanctions pénales qui est le fondement essentiel du système proposé par le Titre II.

#### *Article 22.*

L'article 22 traite de la consultation de la Commission par les juridictions. L'article 6 du décret du 23 novembre 1968 a ouvert aux juridictions statuant en matière civile ou commerciale ainsi qu'aux juridictions répressives d'instruction et de jugement, la possibilité de demander l'avis de la Commission sur les pratiques visées aux articles 50 *bis* et 51 de l'ordonnance n° 45-1483 sur les infractions prévues par l'article 419 du Code pénal.

L'article 22 ne fait que reprendre les dispositions contenues dans le décret. L'Assemblée Nationale a étendu cette possibilité aux juridictions administratives. En effet, dans le cadre de la procédure allégée de l'article 55, c'est le Ministre et non la Commission qui qualifie les faits, sauf si l'une de ces parties demande le bénéfice de la procédure normale.

L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 22, dans la rédaction proposée, énonce une évidence : un tribunal a toujours la possibilité de solliciter un avis, y compris un avis de la Commission de la concurrence. Il est

préférable de dire que la Commission est tenue de rendre un avis lorsqu'elle est saisie par les juridictions de l'ordre administratif ou judiciaire : tel est l'objet de l'amendement que votre commission vous propose d'adopter.

D'autre part, l'Assemblée Nationale a décidé d'obliger le tribunal correctionnel saisi en vue de l'application de l'article 419-2° à consulter la Commission. Le caractère de cette modification porte atteinte à l'autonomie du tribunal correctionnel qui doit seul apprécier l'opportunité de consulter la Commission de la concurrence. C'est pourquoi votre commission vous demande d'adopter un amendement tendant à supprimer cette disposition impérative.

### *Article 23.*

L'article 23 tend à supprimer les dispositions de l'alinéa de l'article 45 de la loi du 27 décembre 1973 qui assortit le retour au droit commun d'une exception relative aux ententes et positions dominantes. La commission a adopté cet article sans modification.

### TITRE III

#### **Dispositions diverses et transitoires.**

Votre commission a décidé d'adopter un amendement visant à insérer un article additionnel qui serait une disposition commune aux Titres I et II.

En effet, la Commission rend un avis et le Ministre prend une décision à partir de données qui sont susceptibles d'évoluer. A la faveur de cette évolution, une concentration, une entente ou une position dominante pourraient être détournées de leur objectif initial pour présenter un bilan négatif pour l'économie générale ; il doit être procédé à un nouvel examen de l'acte ou de l'opération juridique par la Commission ou le Ministre. Néanmoins, la saisine de la Commission ne saurait intervenir avant un délai de trois ans suivant l'autorisation accordée par le Ministre.

L'article 24 est relatif au décret en Conseil d'Etat qui doit déterminer les conditions d'application de la loi.

L'article 25 lie l'entrée en vigueur du titre premier à la date de publication du décret prévu à l'article précédent.

Cet article précise que les dispositions du titre premier ne sont pas applicables aux actes passés ou conclus antérieurement à la date de publication de la présente loi.

Pour ceux des actes ou opérations juridiques pris antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente loi, la notification pourra être faite dans le délai de trois mois à compter de cette dernière date.

Votre commission a adopté cette disposition sous réserve d'un amendement de coordination ; en effet « la déclaration préalable » du projet de loi est devenue dans le texte de l'Assemblée Nationale « la notification ».

L'article 27 assure la continuité de la Commission technique des ententes et des positions dominantes jusqu'à l'installation de la Commission de la concurrence.

## AMENDEMENTS PRESENTES PAR LA COMMISSION

### Article premier *bis*.

**Amendement :** Rédiger comme suit le deuxième alinéa de l'article premier *bis* :

— d'un président nommé par décret en Conseil des Ministres pour une durée de six ans.

### Art. 2.

**Amendement :** Rédiger comme suit le premier alinéa de cet article :

Une concentration au sens du présent titre résulte de tout acte ou opération juridiques, quelle que soit la forme adoptée, emportant transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise ou ayant pour objet ou pour effet de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprises d'exercer directement ou indirectement sur une ou plusieurs autres entreprises une influence de nature à diriger ou même à orienter la gestion ou le fonctionnement de ces dernières.

**Amendement :** Après le premier alinéa de cet article, insérer un alinéa ainsi rédigé :

Est soumise à contrôle la concentration qui a ou peut avoir pour conséquence de porter atteinte à une concurrence suffisante sur un marché.

**Amendement :** A. — Dans le cinquième alinéa de cet article, supprimer les mots :

... à la convention..

B. — En conséquence, supprimer le mot « convention » dans tous les articles de ce projet où cette expression est utilisée.

**Amendement :** Rédiger comme suit la première phrase du dernier alinéa de cet article :

L'acte ou l'opération juridiques ne peut donner lieu à l'une des mesures prévues à l'article 9 s'il apporte au progrès économique et social une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence qu'il implique.

### Art. 6.

**Amendement :** Dans le premier alinéa de cet article, à la fin de la deuxième phrase, remplacer les mots :

... suivant leur conclusion.

par les mots :

... suivant la date où ils ont acquis leur caractère définitif.



Art. 7.

**Amendement** : Compléter *in fine* le deuxième alinéa de cet article par les mots suivants :

... et sous réserve des dispositions relatives aux abus de position dominante.

Art. 9.

**Amendement** : Dans le deuxième alinéa de cet article, remplacer les mots :

... l'entrée ou le maintien en vigueur...

par les mots :

... la mise en application...

**Amendement** : Compléter *in fine* le troisième alinéa de cet article par les mots suivants :

... et sous réserve des dispositions relatives aux abus de position dominante. »

Art. 10 bis.

**Amendement** : Supprimer cet article.

Article additionnel après l'article 14.

**Amendement** : Après l'article 14, insérer un article additionnel ainsi rédigé :

En toute hypothèse, la procédure devra présenter à l'égard de toute partie intéressée un caractère pleinement contradictoire.

Art. 15.

**Amendement** : Dans la troisième phrase de cet article, après le mot « peuvent » supprimer les mots « pour ce motif ».

Article additionnel après l'article 15.

**Amendement** : Après l'article 15, insérer un article additionnel ainsi rédigé :

Le Ministre chargé de l'Economie et le Ministre dont relève le secteur économique concerné déterminent les sanctions pécuniaires en fonction du rôle joué par chaque entreprise en cause.

Art. 20 bis (nouveau).

**Amendement :** Compléter *in fine* cet article par un nouvel alinéa ainsi rédigé :

En toute hypothèse, la procédure devra présenter à l'égard de toute partie intéressée un caractère pleinement contradictoire.

Art. 21.

**Amendement :** A. — Dans le premier alinéa du texte proposé pour l'article 53 de l'ordonnance n° 45-1 483 du 30 juin 1945, après les mots :

... à toute entreprise...

supprimer les mots :

... à toute personne morale...

B. — En conséquence, supprimer les mots « personne morale » dans les troisième et sixième alinéas de cet article ainsi que dans l'article 54 (premier alinéa) et l'article 55 (premier, deuxième et troisième alinéas) de l'ordonnance n° 45-1 483 du 30 juin 1945.

**Amendement :** Rédiger comme suit la première phrase du deuxième alinéa de l'article 53 de l'ordonnance n° 45-1 483 du 30 juin 1945 :

« Le montant maximum de la sanction applicable peut atteindre 10 % du chiffre d'affaires hors taxe réalisé en France au cours du dernier exercice clos avant le premier acte interruptif de la prescription. »

**Amendement :** Dans la rédaction proposée pour l'article 53 de l'ordonnance n° 45-1 483 du 30 juin 1945, supprimer le quatrième alinéa.

**Amendement :** Modifier comme suit la rédaction proposée pour l'article 59 de l'ordonnance n° 45-1 483 du 30 juin 1945 :

« Le Ministre ne peut plus infliger de sanction pécuniaire après avoir transmis le dossier au Parquet dans les conditions fixées au dernier alinéa de l'article 52.

« La transmission du dossier au Parquet, en application du dernier alinéa de l'article 52, ou la publication des décisions ministérielles prises en application des articles 53, 54 et 55, permet l'exercice de l'action publique et celui de l'action civile devant la juridiction pénale en réparation du dommage causé par les pratiques visées à l'article 50. »

**Amendement :** Ajouter aux dispositions proposées par cet article pour compléter la section III du Livre III de l'ordonnance du 30 juin 1945 un article 59 bis (nouveau) ainsi rédigé :

« Le procureur de la République, le juge d'instruction ou le tribunal peut, tant qu'une décision statuant au fond, contradictoirement ou par défaut, n'a pas acquis l'autorité de la chose jugée, faire droit à la requête des personnes poursuivies ou mises en cause, ou susceptibles d'être mises en cause, ou de l'une d'entre elles, demandant l'application des dispositions des articles 53 à 55. Dans ce cas, le dossier est transmis à cette fin au Ministre chargé de l'Economie.

« Après publication, conformément à l'alinéa premier de l'article 56, de la décision ministérielle prise en application des articles 53, 54 ou 55, le dossier est renvoyé au procureur de la République, au juge d'instruction ou au tribunal qui constate que l'action publique est éteinte. La juridiction répressive, même si elle n'a pas été saisie avant la publication, est compétente pour statuer, le cas échéant, sur les intérêts civils.

« Si aucune décision n'est publiée dans un délai de huit mois à compter de la transmission du dossier au Ministre chargé de l'Economie, l'instance judiciaire reprend son cours. »

#### Art. 22.

**Amendement :** Rédiger comme suit le premier alinéa de cet article :

« Si les juridictions répressives d'instruction ou de jugement, les juridictions civiles ou commerciales ainsi que, le cas échéant, les juridictions administratives le demandent, la Commission de la concurrence est tenue de rendre un avis sur les pratiques anticoncurrentielles relevées dans les affaires dont elles sont saisies. »

#### Article additionnel après l'article 23.

**Amendement :** Après l'article 23 insérer un article 23 bis nouveau :

« Nonobstant toutes autorisations ministérielles, sans ou sur injonction, non lieu ou décision de relaxe, la Commission de la concurrence pourra être à nouveau saisie dans les conditions indiquées aux articles précédents, dès lors que par suite d'une évolution économique, frauduleuse ou non, la concentration autorisée, l'entente admise, la position dominante acceptée, ne répondra plus à une concurrence suffisante sur le marché considéré.

« Toutefois, la saisine de la commission de la concurrence ne pourra intervenir avant un délai de trois ans suivant l'autorisation, l'admission ou l'acceptation ci-dessus visées. »

#### Art. 26.

**Amendement :** Au deuxième alinéa de cet article, après les mots :

... la présente loi,...

remplacer les mots :

... la déclaration...

par les mots :

... la notification...