

SÉNAT

SECONDE SESSION ORDINAIRE DE 1976-1977

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

RAPPORT

FAIT

au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan (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. OCTAVE BAJEUX,

Sénateur.

(1) *Cette commission est composée de :* MM. Jean Bertaud, *président*; Paul Mistral, Joseph Yvon, Marcel Lucotte, Michel Chauty, *vice-présidents*; Jean-Marie Bouloux, Fernand Chatelain, Marcel Lemaire, Jules Pinsard, *secrétaires*; Charles Allières, Octave Bajeux, André Barroux, Charles Beaupetit, Georges Berchet, Auguste Billiemaz, Amédée Bouquerel, Frédéric Bourguet, Jacques Braconnier, Marcel Brégégère, Raymond Brun, Paul Caron, Auguste Chupin, Jean Colin, Francisque Collomb, Jacques Coudert, Maurice Coutrot, Pierre Croze, Léon David, René Debesson, Hector Dubois, Emile Durieux, Gérard Ehlers, Jean Filippi, Léon-Jean Grégory, Mme Brigitte Gros, MM. Paul Guillaumot, Rémi Herment, Maxime Javelly, Pierre Jeambrun, Alfred Kieffer, Pierre Labonde, Maurice Lalloy, Robert Laucournet, Bernard Legrand, Léandre Létouquart, Paul Malassagne, Louis Marré, Pierre Marzin, Guy Millot, Henri Olivier, Louis Orvoen, Robert Parenty, Albert Pen, Pierre Perrin, André Picard, Jean-François Pintat, Richard Pouille, Henri Prêtre, Maurice PrévotEAU, Jean Proriol, Roger Quilliot, Jean-Marie Rausch, Jules Roujon, Guy Schmaus, Michel Sordel, Pierre Tajan, René Travert, Raoul Vadepied, Jacques Verneuil, Charles Zwickert.

Voir les numéros :

Assemblée nationale (5° législ.) : **2388, 2754, 2954** et in-8° **692.**

Sénat : **371** (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.*

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
Introduction	3
I. — <i>Le problème de la concurrence</i>	5
A. — Les entreprises face à la concurrence	5
B. — Politique de la concurrence et croissance équilibrée	13
II. — <i>Les données économiques et institutionnelles</i>	17
A. — L'évolution de la concentration en France	17
B. — Les législations étrangères	27
C. — Le projet communautaire de contrôle des concentrations	32
D. — Les insuffisances actuelles de la politique française	35
III. — <i>Economie générale du projet de loi</i>	41
A. — Les objectifs du projet de loi	41
B. — Le dispositif prévu par le projet de loi	43
Examen des articles	57
Tableau comparatif	101
Amendements présentés par la commission	119
Audition de M. Claude Lasry, président de la commission technique des ententes et des positions dominantes	125

MESDAMES, MESSIEURS,

Le projet de loi relatif au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, a été déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale le 12 juin 1976.

Une commission spéciale fut alors créée pour l'examiner. Le 20 janvier 1977, une lettre rectificative modifiait le texte initial sur quelques points. Ce n'est que le 9 juin dernier, après que le Gouvernement ait brusquement déclaré l'urgence du projet de loi, soit, à trois jours près, un an après le dépôt du projet, que l'Assemblée nationale délibérait enfin en séance publique, apportant au texte de nombreuses modifications de forme sans en transformer beaucoup le fond.

Le Sénat et sa commission des Affaires économiques et du Plan n'ont ainsi été saisis que le 10 juin. La Commission a dû examiner définitivement le présent rapport dès le 23 juin, n'ayant donc pas eu le temps de procéder à toutes les investigations et à toutes les auditions qu'elle jugeait indispensables à une appréciation suffisante des dispositions présentées. La Commission a demandé à son Rapporteur d'exprimer l'irritation de tous les commissaires devant d'aussi déplorables méthodes de travail législatif, où une précipitation désordonnée doit succéder à une lenteur incompréhensible.

Ces conditions imposées paraissent d'autant plus regrettables à la commission des Affaires économiques que le présent projet de loi est d'une importance tout à fait considérable, car il concerne un phénomène essentiel de l'évolution économique contemporaine. Il n'est pas excessif de dire que la concentration croissante des entreprises et le développement des ententes et des positions dominantes modifient profondément le fonctionnement de la vie économique, tant au niveau des structures de production et de distribution qu'à celui des rapports des producteurs entre eux et avec les consommateurs.

Les Pouvoirs publics, légitimement soucieux d'assurer « l'utilisation optimale de nos ressources dans le cadre d'une croissance équilibrée par le maintien d'une concurrence satisfaisante entre les entreprises », se devaient de mieux contrôler le vaste mouvement de concentration des entreprises, ainsi que les diverses formes d'ententes et de position dominante qui surgissent constamment. On peut même se demander si ces mesures indispensables viennent à leur heure ou

si elles ne sont pas trop tardives car, ainsi qu'une personnalité éminente en la matière l'a déclaré à un hebdomadaire, le 19 mai dernier : « la plupart des grandes concentrations sont derrière nous ». Certains estiment toutefois que les regroupements à venir justifieront plus souvent que ceux du passé l'institution d'un contrôle effectif qui existe déjà dans d'autres Etats industriels. Dans cette dernière optique, le présent projet de loi est donc présenté au moment où il est indispensable.

I. — LE PROBLÈME DE LA CONCURRENCE

La concurrence s'oppose à la planification comme type d'organisation économique en ce qu'elle fait dépendre l'allocation des ressources d'un système de prix résultant du libre jeu de l'offre et de la demande. Ce mode de régulation décentralisé de l'activité économique présente, en fait, les caractères d'un *système autorégulateur* dans la mesure où il repose sur l'interaction des initiatives des différents agents parmi lesquelles la compétition entre les entreprises joue un rôle essentiel. De ce point de vue, il s'apparente, par son fonctionnement, à un *jeu collectif*, une espèce de sport dangereux puisqu'il y va théoriquement de la vie et de la mort — économique — des entreprises qui y participent.

La concurrence est ainsi doublement menacée : de l'extérieur, par ceux qui dénoncent l'irrationalité d'une compétition où la réussite dépend tout autant de la chance que de la technique ; de l'intérieur, parce que les entreprises cherchent naturellement à s'affranchir de ses aléas.

Aussi l'Etat, garant du progrès et de la sécurité économique, ne peut-il laisser faire en matière de concurrence. Son rôle est cependant fondamentalement ambigu : *arbitre* ayant pour tâche de faire respecter aux entreprises les *règles du jeu* de la concurrence, il est également conduit à en corriger les conséquences les plus brutales et même à y porter atteinte afin de renforcer la compétitivité de notre économie sur les marchés internationaux.

A. — Les entreprises face à la concurrence.

Il existe une abondante littérature économique sur le thème de la concurrence où s'affrontent laudateurs et détracteurs, les uns pour en vanter la rigueur théorique, les autres pour en dénoncer l'inadéquation à la réalité. Il ne s'agit pas, ici, de prendre part au débat mais simplement de constater que *la théorie de la concurrence constitue un cadre de référence utile à la compréhension des phénomènes concrets*. Ainsi, un bref rappel des mécanismes de la concurrence permet de mieux comprendre pourquoi les entreprises ont une tendance naturelle à essayer d'y échapper. En effet, quelles que soient les altérations que ces mécanismes peuvent subir dans leurs traductions concrètes, on constate que les pressions et les incertitudes que

la concurrence — au sens le plus général de compétition — fait peser sur l'activité des entreprises poussent celles-ci à s'efforcer d'obtenir un certain pouvoir de monopole.

1. CONTRAINTES ET INCERTITUDES DES MÉCANISMES DU MARCHÉ

La théorie ne décrit pas la réalité ; elle permet de la comprendre. « L'âge d'or » de la concurrence n'existe que dans les rêves de quelques économistes nostalgiques, mais l'analyse théorique de la concurrence explicite les conditions de fonctionnement du monde libéral dans lequel nous vivons.

Le modèle théorique correspond en effet à un système libéral où les individus peuvent librement utiliser les facteurs de production — terre, capital, travail — dont ils disposent. Il démontre que la concurrence parfaite peut, dans la plupart des cas, permettre d'atteindre l'utilisation optimale des ressources ainsi que la satisfaction maximale des agents, compte tenu d'une certaine distribution initiale des revenus. L'existence de la *concurrence parfaite* est subordonnée à la réalisation de quatre conditions :

1° Les entreprises doivent produire des biens homogènes, c'est-à-dire qu'il faut que, sur chaque marché, les biens aient les mêmes qualités, quelle que soit l'entreprise dont ils proviennent, et donc qu'il soit absolument indifférent pour un acheteur de s'adresser à un producteur plutôt qu'à un autre.

2° Les entreprises et les acheteurs doivent être nombreux et leur taille relative modeste, de façon que la modification du comportement de l'un de ces agents n'influe pas significativement sur l'équilibre du marché.

3° L'information doit être parfaite aussi bien sur le coût et sur les qualités des produits que sur les conditions de salaire offertes sur le marché du travail.

4° En dernier lieu, il ne doit pas exister d'obstacle à l'installation de nouvelles entreprises dans la branche pour que la production puisse augmenter en longue période et éliminer ainsi les rentes de situation de courte période.

Toutes ces caractéristiques du marché parfait, que l'analyse résume sous les termes d'atomicité et de transparence, définissent un système idéal qui n'existe pas mais qui révèle la nature fondamentalement contraignante de la compétition économique. Celle-ci est en effet doublement coercitive :

— à court terme, parce que le prix de vente est une donnée pour l'entrepreneur, dont le seul rôle est alors d'ajuster les quantités produites de façon à maximiser son profit ou à minimiser les pertes au niveau où le coût de la dernière unité produite — le coût marginal — est égal au prix de marché ;

— à long terme, parce que les avantages de coût que l'entrepreneur aurait pu obtenir, par suite d'une meilleure organisation ou d'une localisation plus adéquate de son activité, sont irrémédiablement remis en cause par l'installation de nouveaux concurrents dont la venue fait baisser les prix et donc disparaître les surprofits.

Ainsi, la recherche par l'entrepreneur de la maximisation du profit le contraint à améliorer continuellement ses méthodes de production sans qu'il puisse en conserver longtemps le bénéfice exclusif : « soumis à la discipline rigoureuse de la concurrence (il) est contraint d'innover pour prospérer et pour survivre ».

La réalité, bien que non conforme à ce schéma, révèle cependant des contraintes sur les entreprises suffisamment fortes pour que celles-ci cherchent, dès qu'elles le peuvent, à s'en protéger. Ainsi, la formule bien connue « la concurrence tue la concurrence », quelque excessive soit-elle, recèle une part de vérité.

Elle résume un peu schématiquement la logique historique d'un système économique qui tend à la constitution de grandes unités économiques : les auteurs marxistes, puis plus récemment certains auteurs libéraux comme J. Schumpeter ou J.-K. Galbraith ont largement commenté cette évolution. Ce dernier auteur a décrit dans son ouvrage « Le nouvel Etat industriel » les causes profondes de cette évolution : l'utilisation de machines et d'une technologie de plus en plus complexes. « Celles-ci exigent à leur tour d'énormes investissements en capital. Elles sont conçues et commandées par des hommes ayant des connaissances techniques poussées. Elles requièrent un délai bien plus long entre la décision de produire et l'apparition du produit commercialisable.

« Ce sont ces changements qui ont rendu à la fois nécessaire et possible l'organisation des grandes entreprises. Elles seules peuvent aligner les capitaux voulus ; elles seules peuvent mobiliser les compétences nécessaires. Elles peuvent faire plus encore. Leurs investissements massifs de capitaux et de capacités organisatrices, qui anticipent de loin sur les résultats, exigent qu'elles recourent à la prévision et aussi qu'elles prennent toutes les mesures possibles pour que ce qu'elles prévoient se réalise effectivement. On ne peut guère douter que la General Motors soit plus apte à influencer le monde environnant — les prix et les salaires auxquels elle achète et les prix auxquels elle vend — qu'un simple particulier sans armes ni bagages.

« Ce n'est pas tout encore. La haute productivité et les revenus élevés, qui sont les fruits d'une technique avancée et d'une organisation en expansion, libèrent une très grande partie de la population des sujétions et des contraintes des besoins élémentaires. Par suite, le comportement de cette population devient, dans une certaine mesure, malléable. Jamais un homme affamé, si sobre soit-il, ne se laissera persuader de consacrer son dernier dollar à autre chose qu'à se nourrir. Mais un individu bien nourri, bien vêtu, bien logé et dont les autres besoins essentiels sont satisfaits, pourra être incité à choisir, par exemple, entre le rasoir électrique et une brosse à dent électrique. Tout comme les prix et les coûts, la demande des consommateurs devient un élément sur lequel on agit, ce qui met en jeu une importante possibilité nouvelle d'influencer le milieu environnant. »

C'est cette possibilité d'influer sur le milieu économique environnant qui caractérise le pouvoir de monopole. Ainsi la formule « la concurrence tue la concurrence » correspond également, d'une certaine façon, à la logique fonctionnelle du système libéral, où ce sont précisément les contraintes et les incertitudes de la concurrence dont les entreprises ont tendance à s'affranchir en essayant d'acquérir un certain pouvoir de monopole.

2. LA RECHERCHE D'UN POUVOIR DE MONOPOLE

Après avoir précisé les avantages liés à la position dominante sur un marché, on évoquera les deux principaux moyens par lesquels les entreprises peuvent chercher à y accéder : les ententes et les concentrations.

L'analyse théorique sert ici encore de référence utile. Elle montre que le vendeur en situation de monopole peut, en restreignant la quantité de biens offerte, en faire augmenter le prix au-dessus de son coût marginal et donc encaisser au détriment de la collectivité un surprofit. Ce surprofit peut être accru par la pratique des discriminations de prix en fonction de l'intensité de la demande sur les différents marchés, ce que les économistes définissent par la notion d'élasticité-prix : ainsi, en cas de demande « inélastique » — c'est-à-dire relativement insensible au niveau et à la variation des prix — le vendeur en situation de monopole est capable d'imposer des prix élevés, ce qui est notamment le cas dans le secteur du pétrole où il n'existe pas de biens facilement substituables, c'est-à-dire pouvant rendre les mêmes services.

Cette situation est d'autant plus stable qu'il existe des obstacles juridiques (possession d'un brevet), techniques ou financiers à la pénétration de nouveaux concurrents sur le marché.

Ainsi la théorie permet-elle de préciser les caractères essentiels du pouvoir de monopole : *restreindre l'offre* d'un produit pour en contrôler le prix, *interdire l'accès* du marché à de nouveaux concurrents.

C'est précisément sur ces deux plans que se développe la stratégie des firmes désireuses d'abuser de leurs positions dominantes.

Une entreprise dominante peut chercher à maximiser ses profits en recourant à diverses **pratiques restrictives** :

— les *prix imposés*, technique par laquelle le vendeur fixe un prix de vente-plancher à la distribution ; la concurrence commerciale sur les produits d'une même marque est un élément essentiel car les réductions de prix qu'elle peut entraîner dépassent de loin celles qui sont possibles au stade industriel ;

— les *ventes liées*, qui consistent à subordonner l'acquisition d'un bien à celle d'un autre produit de l'entreprise ; une firme informatique peut ainsi pratiquer des bas prix sur les ordinateurs en compensant le manque à gagner par des tarifs élevés sur les cartes perforées ou les bandes magnétiques ;

— les *rabais sur les quantités*, technique qui permet à certaines entreprises ou réunions d'entreprises d'éliminer les concurrents de plus faible dimension.

Il faut noter qu'il existe des situations symétriques sur les marchés où il existe un acheteur dominant face à de nombreux vendeurs : tel est le cas de certaines grandes surfaces de vente qui peuvent jouer de l'importance de leurs commandes pour se faire octroyer par leurs fournisseurs des rabais ou des conditions de paiement tout à fait discriminatoires.

Plus fondamentalement, l'obtention d'une position dominante permet à l'entreprise d'accroître les **barrières à l'entrée** qui la protègent des initiatives de ses concurrents. Elles résultent de deux facteurs essentiels :

1° les *économies de dimension* dont le nouveau venu sur le marché ne peut immédiatement bénéficier ;

2° les *coûts absolus d'entrée* que constituent notamment tous les frais fixes de pénétration sur un marché, telle la mise au point d'une nouvelle technologie ou la mise sur pied d'un réseau commercial adéquat. On peut remarquer que ces coûts sont accrus sur les marchés où les produits sont très différenciés, puisque le nouvel entrant devra effectuer des campagnes publicitaires de grande envergure, risque financier d'autant plus important que les dépenses sont perdues en cas d'échec de la tentative.

En définitive, toute la stratégie de l'entreprise dominante va consister à établir ses prix à un niveau tel qu'elle bénéficie de profits substantiels sans risquer d'attirer de nouveaux concurrents.

Tels sont les avantages que les entreprises peuvent tirer d'une position dominante. Elles peuvent chercher à y accéder par le développement interne, c'est-à-dire par un accroissement de leurs ressources propres au moyen de l'autofinancement ou d'augmentations de capital. Mais elles peuvent également recourir à la croissance externe que constitue la concentration avec d'autres entreprises. Ces opérations de groupement n'étant pas toujours possibles ou souhaitées, certaines entreprises cherchent parfois à *exercer collectivement* un pouvoir de position dominante dans le cadre d'ententes de formes et d'objets divers.

Les ententes dites *horizontales* sont conclues entre professionnels établis au même niveau dans le processus de production ou de distribution des produits (exemples : ententes des producteurs d'acier, de ciment, etc.).

Les ententes dites *verticales* associent des producteurs intervenant à des stades différents du processus de production et de commercialisation.

Elles peuvent concerner :

1° la *production et les investissements* : deux ou plusieurs entreprises s'entendent pour se répartir la fabrication d'un produit, notamment en se spécialisant dans des productions voisines ou complémentaires. Les techniques destinées à mettre en œuvre ce genre d'accord sont variables et diverses : quotas de production, accords de répartition ou de limitation des investissements ;

2° les *ventes et la commercialisation* : ce genre d'ententes peut porter sur des prix minimaux, bien souvent associés à des « codes de bonne conduite » en ce qui concerne les conditions de vente et, notamment, les rabais. Elles peuvent s'appuyer sur une organisation groupée des ventes dans le cadre de comptoirs communs et s'accompagner de l'attribution de territoires de vente.

Ces accords ont un caractère plus ou moins formaliste, de la convention en bonne et due forme jusqu'au simple échange d'informations qui peut avoir des effets restrictifs lorsqu'il porte sur les quantités produites, les investissements prévus ou les baisses de prix envisagées.

De tels accords ne sont pas vraiment stables ; les concurrents essayant de maximiser leurs profits auront intérêt à former une entente ; mais celle-ci constituée, chaque entreprise aura tendance à la trahir pour accroître sa part d'un marché devenu extrêmement lu-

cratif. D'une façon générale, on peut montrer que ces accords seront d'autant plus stables que les coûts fixes seront peu importants dans les coûts totaux, la demande peu variable, les barrières à l'entrée élevées et la concentration forte.

Dans certains cas, les entreprises pourront procéder à des opérations de **concentration**. Il s'agit là d'une notion très relative, parfois difficile à distinguer de l'entente, par laquelle on désigne le rassemblement des instruments de production entre un nombre plus réduit d'établissements ou d'entreprises.

On distingue habituellement trois types de concentration :

1° la *concentration horizontale* est celle réalisée entre des entreprises appartenant à un même secteur d'activité et situées à un même stade de production. Les objectifs en sont le plus souvent : la rationalisation de la production et des réseaux commerciaux, l'élimination des doubles emplois en matière de recherche, l'acquisition de brevets, le développement des exportations, la promotion d'une marque unique, etc.

2° la *concentration verticale* réunit des entreprises situées en aval et en amont d'un même processus économique : elle assure ainsi à un producteur un marché privilégié et à un client un fournisseur naturel pour éliminer les incertitudes dans les commandes ou les livraisons ;

3° la *concentration par conglomérat* associe des firmes de nature très diverse, ce qui permet de les faire bénéficier de certains avantages comme :

— la « subsidiation » : les profits réalisés sur un marché peuvent compenser les pertes faites sur un autre marché ;

— la réciprocité : vis-à-vis de tiers rencontrés sur plusieurs marchés, la conclusion d'une vente peut être subordonnée à celle d'un achat ;

— une marque de fabrique plus connue.

A tous ces avantages s'ajoutent le bénéfice de certaines dispositions fiscales favorables ainsi que, surtout, la possibilité d'exercer dans certains cas un pouvoir de domination sur les marchés.

Ces concentrations peuvent être opérées selon des modalités diverses :

1° Par la *fusion*, une entreprise disparaît pour se fondre, soit dans une nouvelle entité juridique, soit dans une entreprise existante, lorsque la fusion a lieu par apport, et on parle plutôt, dans ce dernier cas, d'absorption.

Sur le plan juridique, hormis le cas d'absorption par offre publique d'achat, le mode de réalisation sera le même : un accord de fusion est élaboré par les directions des entreprises concernées, qui devra être approuvé par leurs assemblées générales respectives. Le nouveau capital est formé par l'échange à un taux fixé des actions anciennes contre les actions nouvelles.

La fusion une fois votée est irréversible et illimitée dans ses effets : il n'y a plus, après accomplissement des formalités légales, qu'une seule société, un seul capital et une seule assemblée générale.

2° La *prise de participation ou l'échange d'actions* constitue une forme moins complète de concentration que la fusion : les entreprises conservent leur autonomie tout en exerçant l'une sur l'autre un contrôle partiel. Cette formule peut répondre à deux motivations différentes :

— le désir de répartir les risques en participant à la prospérité d'autres sociétés ;

— la recherche d'une influence sur la politique d'une entreprise concurrente au moyen d'une acquisition ou d'un échange d'actions donnant accès à une minorité de blocage ou même à la majorité absolue, auquel cas naissent des liens de société mère à filiale.

3° Les *filiales communes* permettent à deux sociétés d'associer leurs capacités financières, techniques ou commerciales pour la mise sur le marché d'un produit en minimisant les risques et les frais.

4° Enfin, diverses liaisons peuvent exister entre certaines entreprises, soit du fait de la présence des mêmes personnes au sein de leurs conseils d'administration respectifs, soit du fait de leur intégration au sein d'une même société financière de type « holding ».

En analysant les diverses modalités des ententes ou des concentrations, on a été amené à évoquer toutes les raisons qui en légitiment la réalisation pour les entreprises, sans rappeler dans chaque cas en quoi ces opérations pourraient porter atteinte à la concurrence.

Toutes ces pratiques, incontestablement favorables au développement des entreprises, ne sont, de surcroît, pas sans effets bénéfiques sur le développement et le renforcement de l'appareil de production national face à la concurrence étrangère. **C'est à la puissance publique qu'il appartient de faire, sur le plan macroéconomique, la part des avantages et des inconvénients de ces opérations, compte tenu, notamment, de la nécessité de promouvoir les conditions structurelles d'une croissance sans inflation.**

B. — Politique de la concurrence et croissance équilibrée.

C'est la tendance même du système libéral à susciter des mouvements de concentration, des ententes, ainsi que l'apparition de positions dominantes, qui justifient une surveillance vigilante de l'Etat. L'objectif d'une politique de la concurrence n'est pas d'établir une mythique concurrence pure et parfaite, mais d'assurer une compétition suffisante pour entretenir le dynamisme du système et notamment sa capacité d'innovation. Telle en est, en effet, la caractéristique principale décrite, non sans quelque lyrisme sans doute, par J. Schumpeter dans sa théorie du processus de destruction créatrice. Ce qui compte, écrit-il, dans son livre « Capitalisme, Socialisme et Démocratie », ce n'est pas la concurrence classique par les prix, mais « bien celle inhérente à l'apparition d'un produit, d'une technique, d'une source de ravitaillement, d'un nouveau type d'organisation (par exemple l'unité de contrôle à très grande échelle) — c'est-à-dire la concurrence qui s'appuie sur une supériorité décisive au point de vue coût ou qualité et qui s'attaque non pas seulement aux marges bénéficiaires et aux productions marginales des firmes existantes, mais bien à leurs fondements et à leur existence même ».

Mais à côté de cet objectif fondamental d'une *meilleure affectation des ressources* par l'élimination des situations acquises, il ressort de l'exposé des motifs du projet de loi et, tout particulièrement, de celui de la lettre rectificative, que l'intensification de la concurrence a un autre but sur lequel il convient d'insister : la lutte contre l'inflation structurelle.

1. LA LUTTE CONTRE L'INFLATION STRUCTURELLE

Le recours à la politique de la concurrence dans la lutte contre l'inflation résulte d'un *certain constat d'échec des politiques monétaires ou budgétaires*. Une action globale sur la demande effective a démontré à l'expérience son peu d'efficacité, due à sa nature propre (délais de réaction de la machine économique) ou à des imperfections de mise en œuvre (décisions tardives, manque de sélectivité, imparfaite coordination entre les décisions des responsables du budget et celles des autorités monétaires, etc.). En fait, il s'avère qu'aussi minutieuse que soit la régulation de la demande, elle sera toujours incapable à elle seule d'assurer la conciliation entre un niveau élevé d'emploi et la stabilité des prix. Fondamentalement, l'action sur la demande est impuissante à éviter la *dérive inflationniste*, résultant des imperfections du marché : suffisamment vigoureuse pour être efficace, elle provoque un brutal accroissement du chômage qui, socialement intolérable, contraint les autorités à prendre, tôt ou tard,

des mesures de relance à caractère nécessairement inflationniste. Pour échapper à cette spirale et à la fatalité de ces politiques opposées, dites de « stop and go », une politique active de la concurrence peut, à défaut du consensus nécessaire à toute politique des revenus, se révéler essentielle : rendant les prix plus contraignants, elle tend à inciter les entreprises à contrôler plus étroitement leurs coûts et, notamment, à mieux résister aux pressions salariales. Elle tend à réduire les *pouvoirs discrétionnaires* de certains agents sur leurs prix et leurs revenus en limitant les augmentations de salaires aux seuls gains de productivité et même en imposant la répercussion de ces gains par des baisses de prix et non des hausses de rémunérations.

Cette stimulation de la concurrence est d'autant plus nécessaire qu'elle pourrait s'effectuer dans *les secteurs les plus abrités de la concurrence internationale* — les services, par exemple — dont les hausses, se propageant à tous les secteurs, alourdissent les charges des entreprises exportatrices et, donc, menacent l'équilibre de la balance commerciale française.

Or, c'est notamment au nom de cette compétitivité internationale que l'Etat a été conduit à mener des politiques ayant des effets néfastes sur l'intensité de la concurrence.

2. LES EFFETS PERVERS DE CERTAINES POLITIQUES STRUCTURELLES

Le mouvement de fusion qui s'est accéléré depuis 1965 s'est en effet trouvé stimulé par toute une série d'incitations publiques dont les effets bénéfiques peuvent être contestés.

Sans remettre en cause la légitimité des opérations de regroupement menées sous l'impulsion de l'Etat dans certains secteurs de pointe comme les industries du nucléaire, de l'informatique, ou celle du téléphone, on peut se demander si certaines mesures incitatives n'ont pas accru inutilement le pouvoir de monopole sur de nombreux marchés sans améliorer l'efficacité des unités de production ou des méthodes de commercialisation.

Il s'agit notamment des prêts et bonifications accordés en vertu des décrets du 30 juin et du 18 octobre 1955 pour pallier les conséquences sociales néfastes des opérations de concentration ainsi que de divers avantages fiscaux prévus pour les opérations de croissance externe par la loi du 12 juillet 1965 et étendus par les ordonnances de 1967 à celles d'apports partiels et de fusions-scissions : étalement de l'imposition des plus-values, distribution de certaines actions en faveur des dirigeants de sociétés.

En fait, les performances supérieures des grosses entreprises — postulat sur lequel repose cette politique industrielle — apparaissent aujourd'hui très contestables.

Ainsi, des études économétriques ont montré que la prospérité des grandes entreprises tient plus à leur pouvoir de domination sur les marchés, qu'elles tirent de leur taille, qu'à leur efficience, les entreprises moyennes se révélant souvent plus « performantes » techniquement.

De même, peut être remise en question l'idée selon laquelle les entreprises de grande taille font plus de recherche que les petites et moyennes entreprises. Certes, au niveau global, on observe que l'essentiel des dépenses de recherche-développement est le fait d'un petit nombre d'entreprises de grande taille appartenant à des secteurs bien particuliers tels que l'aéronautique, la chimie ou l'informatique. La question est alors de savoir si ces entreprises font beaucoup de recherche-développement parce qu'elles se trouvent dans des secteurs à technologie avancée ou parce qu'elles sont de grande dimension. Des travaux économétriques conduisent à penser qu'il n'existe pas de relations significatives entre taille et intensité de la recherche-développement et même que certaines entreprises de taille moyenne y consacrent des sommes plus importantes — proportionnellement à leur chiffre d'affaires — que les grandes.

D'une façon générale, on tend à contester toute liaison nette entre dimension de l'entreprise et rendement. C'est ce que conduit à penser une étude d'économétrie des Communautés européennes qui montre, notamment, que, parmi les cinquante entreprises les plus rentables d'Europe, on n'en retrouve que six figurant également parmi les cinquante premières par le chiffre d'affaires.

Ainsi, sans remettre fondamentalement en question la politique de regroupement des industries de pointe menée ces dernières années, pour leur permettre d'affronter la compétition internationale, *il convient de mettre l'accent sur les risques qu'une telle politique fait courir à la concurrence sur le territoire national.*

Il faut également prendre conscience des atteintes que d'autres interventions publiques peuvent porter à la concurrence : on a, par exemple, certaines bonnes raisons de penser que la concertation « profession-direction générale des prix » a quelquefois pour conséquence l'instauration *de facto* d'un barème de prix conseillés, quand elle n'aboutit pas à des ententes en bonne et due forme destinées à compenser les pertes subies par les entreprises du secteur produisant des biens restant soumis au blocage des prix. De même, on peut se demander dans quelle mesure les consultations effectuées dans le cadre du Plan ne constituent pas des contacts d'où pourraient naître des pratiques concertées.

En définitive, il appartient à l'Etat de se montrer vigilant en ce qui concerne tant ses propres interventions que les pratiques des entreprises, afin de s'assurer que les éventuels *gains de productivité*

résultant d'ententes ou de concentrations soient effectivement *répercutés sur le consommateur*.

Le problème est alors d'adopter un *système d'arbitrage* permettant de séparer les bonnes des mauvaises pratiques. En fait, les deux méthodes extrêmes, décision cas par cas ou règle automatique, ne sont pas exemptes d'arbitraire : la première, parce qu'elle repose essentiellement sur l'appréciation de « circonstances atténuantes » par des magistrats souvent mal préparés à ce rôle technique, la seconde, parce qu'elle ne tient pas compte du particularisme de chaque marché et qu'elle ne peut s'appuyer sur une définition incontestable de la notion de marché.

II. — LES DONNÉES ÉCONOMIQUES ET INSTITUTIONNELLES

Nous examinerons successivement :

- l'évolution de la concentration en France ;
- les législations étrangères ;
- les projets de réglementation européenne ;
- les insuffisances actuelles de la politique française.

A. — L'évolution de la concentration en France (1).

Cette étude soulève des difficultés de mesure tant au manque d'informations statistiques exhaustives qu'à la relative inaptitude des concepts à décrire des phénomènes qui ne dépendent pas seulement de la taille des entreprises mais également des caractères propres à chaque marché.

Cependant, malgré leurs limites, il existe deux séries de données qui constituent deux approches complémentaires des phénomènes de concentration :

- la première, de nature dynamique, résulte de l'analyse du nombre, des modalités et du rythme des *opérations* de concentration ;
- la seconde procède de la comparaison des différents *degrés* de concentration observés au cours du temps.

C'est ainsi que l'on examinera successivement l'évolution des mouvements et des degrés de concentration par secteurs d'activité.

1. LES MOUVEMENTS DE CONCENTRATION

Une étude menée dans le cadre des travaux préparatoires du VII^e Plan décrit les grandes lignes de l'évolution des mouvements de concentration depuis 1950.

(1) Cette étude a été effectuée à partir d'informations rassemblées par MM. Jenny et Weber, professeurs d'économie à l'E.S.S.E.C. et à partir de leur ouvrage : « Concentration et politique des structures industrielles ». *Documentation française*, 1974.

On en rappellera les principaux résultats en commentant brièvement les tableaux ci-dessous établis sur la base d'un échantillon de 1.690 grosses entreprises (1) qui se répartissent en trois grands secteurs : industrie (749), services (506) et commerce (200).

Tableau n° 1.

**Répartition par grands secteurs d'activité des entreprises
ayant réalisé au moins une opération de fusion.**

SECTEURS N.A.E. (2)	NOMBRE TOTAL des entreprises de l'échantillon		NOMBRE des entreprises ayant conclu au moins une opération de concentration de 1950 à 1976		II/I
	I	%	II	%	
00 à 05 Hors métropole et divers	56	3,3	20	1,89	0,357
06 à 11 Energie	27	1,5	17	1,61	0,629
12 à 61 Industrie	749	44,3	513	48,62	0,684
62 à 68 Transports et télécommunica- tions	72	4,2	36	3,41	0,5
69 à 81 Commerce	200	11,8	131	12,41	0,655
82 à 99 Services	506	29,9	307	29,09	0,606
Non déterminé	80	4,7	31	2,93	0,387
Total	1.690	99,9	1.055	99,9	0,624

(2) Nomenclature des activités économiques (N.A.E.) selon la définition de l'I.N.S.E.E.

Du tableau n° 1, il ressort, d'une part, que plus de 60 % des grosses entreprises constituant l'échantillon ont procédé à une opération de concentration depuis 1950 et, d'autre part, que cette constatation est valable pour les secteurs les plus importants dont les taux respectifs se situent autour de cette moyenne supérieure à 60 %.

(1) L'échantillon se compose :

— d'une part, de l'ensemble des entreprises qui, en 1969, étaient cotées à une bourse de valeurs ou soumises, en raison de leur taille, à des obligations de publicité au Bulletin des annonces légales et obligatoires (B.A.L.O.) en application de la loi relative aux sociétés commerciales ;

— d'autre part, de l'ensemble des entreprises qui, depuis 1969, ont fait l'objet d'une cotation ou tombent, depuis cette date, sous le coup des dispositions législatives déjà mentionnées. Il faut cependant noter que le classement sectoriel des opérations de concentration comporte un biais systématique, puisqu'il est établi sur la base I.N.S.E.E. 1969 des entreprises absorbantes et des numéros I.N.S.E.E. 1970-1976 pour les entreprises qui ont été introduites au cours de cette dernière période dans l'échantillon. Or, le rattachement de telle ou telle firme à tel poste de la nomenclature n'a pas manqué d'être modifié au cours du temps.

Tableau n° 2.

Répartition par grands secteurs d'activité des entreprises absorbantes, des opérations de concentration conclues de 1950 à 1976 et du montant des augmentations de capital.

SECTEURS N.A.E.	NOMBRE TOTAL des entreprises absorbantes		NOMBRE TOTAL des opérations de concentration		MONTANT des augmentations de capital	
		%		%		%
00 à 05 Hors métropole et divers ..	20	1,89	54	1,44	221.632.785	0,69
06 à 11 Energie	17	1,61	52	1,39	453.854.406	1,42
12 à 61 Industrie	513	48,62	1.912	51,28	11.676.553.459	36,71
62 à 68 Transports et télécommunica- tions	36	3,41	104	2,78	495.271.905	1,55
69 à 81 Commerces	131	12,41	525	14,08	2.285.741.843	7,18
82 à 99 Services	307	29,09	1.028	27,57	15.678.778.768	49,29
Non déterminé	31	2,93	53	1,42	994.757.085	3,12
Total	1.055	99,9	3.728	99,9	31.806.690.251	99,9

De plus, comme le montre le tableau n° 2 ci-dessus, la distribution par grands secteurs d'activité du nombre des entreprises absorbantes et du nombre des opérations de concentration est assez voisine. Cependant, on peut remarquer que la taille moyenne des opérations de concentration réalisées dans le secteur des services — c'est-à-dire essentiellement par l'activité bancaire — est sensiblement plus élevée que celle observable dans les autres secteurs ; en effet, le montant cumulé des augmentations de capital 1950-1976, en francs courants, résultant des opérations de concentration propres au secteur des services s'élève à 15,678 milliards de francs, soit **49,29 % du montant total des augmentations de capital** propres à tous les secteurs. Or, les entreprises de ce même secteur des services n'ont réalisé que **27,57 % du nombre global des opérations de concentration.**

Tableau n° 3.

Nombre annuel des opérations de concentration classées par grands secteurs d'activité des entreprises absorbantes.
1950-1976.

SECTEURS d'activité	ANNEES																											TOTAL général
	1950	1951	1952	1953	1954	1955	1956	1957	1958	1959	1960	1961	1962	1963	1964	1965	1966	1967	1968	1969	1970	1971	1972	1973	1974	1975	1976	
00 à 05 Hors métropole et divers	»	»	2	1	1	»	2	»	»	»	1	»	»	»	1	1	»	4	5	16	9	5	1	2	»	1	»	52
06 à 11 Energie	1	1	»	»	6	»	7	»	7	»	5	2	2	2	1	4	»	»	5	2	2	»	»	»	4	»	1	52
12 à 61 Industrie	22	13	26	39	18	46	56	29	39	56	67	87	116	116	96	97	120	112	111	136	107	98	83	65	51	41	39	1.886
62 à 68 Transports et télécommunications	1	»	»	4	3	3	6	»	1	7	»	3	4	9	3	3	6	»	12	11	9	6	»	4	3	2	3	103
69 à 81 Commerces	1	2	2	13	9	6	5	9	7	12	26	19	19	30	9	32	10	49	29	20	25	39	31	56	18	23	9	510
82 à 99 Services	4	13	18	17	14	19	14	13	12	41	42	56	27	71	53	36	58	70	58	78	54	30	66	53	47	53	47	1.064
Non déterminé	»	»	1	1	»	5	2	»	1	1	1	»	1	»	5	»	2	1	1	»	6	1	2	»	6	16	8	61
Totaux	29	29	49	75	51	79	92	51	67	117	142	167	169	228	168	173	196	236	221	263	212	179	183	180	129	136	107	3.728

Tableau n° 4.

**Nombre annuel des entreprises absorbantes classées par grands secteurs d'activité.
1950-1976.**

SECTEURS d'activité	ANNEES																										
	1950	1951	1952	1953	1954	1955	1956	1957	1958	1959	1960	1961	1962	1963	1964	1965	1966	1967	1968	1969	1970	1971	1972	1973	1974	1975	1976
00 à 05 Hors métropole et divers	»	»	2	1	1	»	2	»	»	»	1	»	»	»	1	1	»	2	1	4	4	2	1	2	»	1	»
06 à 11 Energie	1	1	»	»	1	»	2	»	2	»	2	2	2	2	1	2	»	»	4	2	1	»	»	»	2	»	1
12 à 61 Industrie	19	12	21	32	17	41	36	25	26	44	51	53	77	71	57	56	61	64	65	69	61	54	50	45	37	26	19
62 à 68 Transports et télécommunications ..	1	»	»	3	3	3	5	»	1	3	»	3	3	5	2	3	4	»	8	7	5	4	»	3	2	2	3
69 à 81 Commerce	1	2	2	8	7	5	3	6	7	7	7	14	10	13	8	12	6	14	15	11	13	20	11	22	12	5	6
82 à 99 Services	4	7	7	9	9	14	14	10	10	17	25	25	21	38	29	23	38	39	35	49	35	22	26	29	31	37	28
Non déterminé	»	»	1	1	»	3	1	»	1	1	1	»	1	»	4	»	2	1	1	»	6	1	1	»	4	5	8
Total	26	22	33	54	38	66	63	41	47	72	87	97	114	129	102	97	111	120	129	142	125	103	89	101	88	76	65
Nombre moyen d'opérations par entreprise absorbante	1,11	1,31	1,48	1,38	1,34	1,19	1,46	1,24	1,42	1,62	1,63	1,72	1,48	1,76	1,64	1,78	1,76	1,96	1,71	1,85	1,69	1,73	2,05	1,78	1,46	1,78	1,64

Les tableaux n° 3 et n° 4, qui retracent, par année, le nombre des entreprises absorbantes, ainsi que celui des opérations de concentration réalisées, méritent un commentaire plus approfondi. On constate d'abord un accroissement parallèle de ces deux séries jusqu'en 1974, puis un net ralentissement. Il faut noter que le nombre des opérations réalisées baisse moins que celui des sociétés absorbantes, ce qui laisse supposer que la crise a moins affecté la croissance externe des plus grosses entreprises, notamment dans le secteur industriel.

Ainsi, le tableau n° 5 ci-dessous, qui donne la répartition par grands secteurs d'activité des entreprises absorbantes selon le nombre d'opérations de concentration réalisées, confirme cette distinction entre deux catégories d'entreprises : celles pour qui les opérations de croissance externe sont exceptionnelles et les quelques autres qui font de ce type d'opération le mode normal de leur développement et jouent ainsi un rôle polarisant.

Tableau n° 5.

Répartition par grands secteurs d'activité des entreprises absorbantes selon le nombre des opérations conclues de 1950 à 1976.

SECTEURS d'activité	NOMBRE des opérations de concentration															NOMBRE des entreprises absorbantes	NOMBRE des opérations
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15 et plus		
00 à 05 Hors métropole et divers	12	5	»	»	2	»	»	»	»	»	»	»	»	»	1	20	54
06 à 11 Energie	10	2	1	1	»	»	1	1	»	»	»	»	»	»	1	17	52
12 à 61 Industrie	168	106	83	46	26	11	15	17	7	3	5	5	3	1	17	513	1.912
62 à 68 Transports et télécommunications	13	7	7	2	2	1	2	»	2	»	»	»	»	»	»	36	104
69 à 81 Commerce	53	19	13	8	11	8	7	2	»	2	1	1	»	1	5	131	525
81 à 99 Services	123	71	28	21	17	1	7	4	6	3	1	1	1	4	9	307	1.028
Non déterminé	19	8	2	1	»	»	»	1	»	»	»	»	»	»	»	31	53
Totaux	398	218	134	79	58	31	32	25	15	8	7	7	4	6	33	1.055	3.728
Nombre correspondant d'opérations	398	436	402	316	290	186	224	200	135	80	77	84	52	84	764	»	3.728

D'une façon générale, on remarque, en conclusion de cette brève analyse, que le rythme des concentrations laisse apparaître l'influence de certains phénomènes généraux comme le Marché commun, les mesures fiscales de 1965 et 1967 assouplissant le régime des fusions ou spécifiques à certains secteurs comme la réforme bancaire de 1965.

2. LE DEGRÉ DE CONCENTRATION

De multiples variables peuvent être prises en compte pour mesurer la concentration (1), mais les plus habituelles sont relatives au volume des affaires : les critères retenus peuvent être alors la production physique (concentration du nombre des automobiles fabriquées), la valeur ajoutée, la capacité de production ou le chiffre d'affaires, ce dernier étant le plus pratique bien que non dépourvu d'ambiguïté. Ainsi, l'étude précitée des experts du VII^e Plan repose-t-elle sur un indicateur simple : le pourcentage de chiffre d'affaires du secteur réalisé par les quatre plus importantes entreprises de celui-ci. Le tableau n° 6 ci-dessous qui en est extrait permet de retracer schématiquement l'évolution du taux de concentration entre 1963 et 1969 pour 328 secteurs définis selon la nomenclature N.A.E. de l'I.N.S.E.E.

Tableau n° 6.

Distribution du nombre des secteurs selon le taux de concentration (entre 1963 et 1969).

NOMBRE des activités et pourcentage du chiffre d'affaires correspondant	TAUX de concentration											TOTAL %
	10 %	10/20 %	20/30 %	30/40 %	40/50 %	50/60 %	60/70 %	70/80 %	80/90 %	90/100 %		
1963 : Nombre des secteurs	19	45	32	23	29	13	15	15	8	39	238	
Pourcentage de chiffre d'affaires	20,99	24,50	11,48	8,44	8,75	3,44	4,98	8,13	3,96	5,27	99,9	
1969 : Nombre des secteurs	16	38	38	24	27	15	11	14	11	44	238	
Pourcentage de chiffre d'affaires	20,01	20,31	15,34	10,13	6,96	3,45	3,45	8,70	3,42	8,18	99,9	

Ce tableau permet de constater que le nombre des activités peu concentrées a tendance à décroître tandis que le chiffre d'affaires correspondant aux activités très concentrées (taux de concentration supérieur à 50 %) est passé de 25,8 à 27,2 %.

(1) Il s'agit ici de la concentration des entités juridiques de gestion que constituent les entreprises et non des unités techniques de production que sont les établissements.

Tableau n° 7.

Nombre de secteurs pour lesquels l'augmentation du taux de concentration entre 1963 et 1969 est supérieure à 5 points distribués selon la valeur de ce taux en 1964.

POURCENTAGE du chiffre d'affaires global du secteur réalisé par les quatre plus grandes entreprises	Inférieur à 25 %	Compris entre 25 et 50 %	Compris entre 50 et 75 %	Supérieur à 75 %
Nombre de secteurs	23	22	11	10
Moyenne d'augmentation du taux de concentration (1969/1963) ..	9,54	12,06	13,41	10,42

On peut constater que le taux de concentration a augmenté de plus de 5 points au cours de la période considérée pour plus de 60 secteurs et, qu'à l'exception de la tranche la plus élevée (taux de concentration supérieur à 75 %), l'accroissement en valeur absolue des taux de concentration est d'autant plus important que les taux de 1963 sont élevés :

— Le taux de concentration augmente de plus de 5 points de 1963 à 1969 pour 23 secteurs pour lesquels le taux était, en 1963, inférieur à 25 %. Il s'agit notamment des secteurs suivants : tréfilage étirage, estampage forge matriçage, construction et réparation de carrosseries, entreprises d'installations électriques, fabrication d'horlogerie, fabrication d'instruments de précision et d'optique, etc. Pour ces 23 secteurs le taux moyen d'accroissement de la valeur des taux de concentration est de 9,54 points.

— Le taux de concentration augmente de plus de 5 points, toujours de 1963 à 1969, pour 22 secteurs pour lesquels le taux 1963 était alors compris entre 25 et 49,9 %. On peut ici citer les secteurs : fabrication d'armes de chasse, d'outillage à main, d'emballages et de conditionnements métalliques, de fils et câbles isolés, construction de compteurs et d'appareils électriques de mesure, fabrication du verre, de pâtes alimentaires, chocolaterie, etc. Pour ces 22 secteurs, le taux moyen d'accroissement de la valeur absolue des taux de concentration est de 12,06 points.

— C'est pour 11 secteurs, dont les taux de concentration étaient en 1963 compris entre 50 et 74,9 %, que l'on enregistre de 1963 à 1969 un accroissement en valeur absolue de leurs taux respectifs de plus de 5 points. Ici, le taux moyen d'accroissement de la valeur

absolue du taux atteint 13,41 points. Citons, parmi ces secteurs, les activités suivantes : fabrique de tubes d'acier, construction et installation de matériel d'équipement, fabrication de plâtre, de chaux et ciments, grande industrie chimique minérale, produits insecticides, etc.

— Singulièrement, l'accroissement de la valeur absolue du taux propre aux activités dont, en 1963, le taux était supérieur à 75 % atteint 10,42 points contre 9,54 points pour les industries dont le taux était inférieur à 24,9 % l'année de base. Le calcul correspond à dix activités parmi lesquelles on citera les fabrications de fonte et d'acier, de cycles et motocycles, la construction aéronautique et celle de moteurs d'avions, l'industrie des goudrons, la fabrication de pneumatiques et de bandages.

Ces données semblent indiquer que, dans les industries concentrées, les entreprises dominantes ont pu accroître leur pouvoir sur le marché tandis que, dans les secteurs peu concentrés, il ne s'est pas trouvé d'entreprises capables de « fédérer » un volume d'actifs tel que les taux de concentration puissent augmenter. En fait, cette conclusion doit être nuancée car, dès 1963, des secteurs considérés comme peu concentrés se caractérisaient déjà par l'existence d'entreprises relativement importantes : fonderie, grosse chaudronnerie, moteurs, construction de machines, mécanique générale, cuir, chaussures ou papiers-cartons. A noter que la disparition de nombreuses petites entreprises, notamment dans le textile, a pu accentuer ce phénomène sans pour autant entraîner une augmentation des taux de concentration.

Enfin, il faut insister sur les limites d'une telle étude qui peut ne pas déceler le caractère oligopolistique d'une structure industrielle. Ainsi, telle activité apparemment concurrentielle peut, pour de nombreux motifs particuliers, être assimilable à une industrie concentrée : l'utilisation d'un label commun, la définition des hausses, voire des baisses de prix dans le cadre de la concertation professions-direction générale de la concurrence et des prix, la procédure des emprunts groupés sont autant de facteurs qui peuvent conduire certaines entreprises au parallélisme de l'action et, donc, à l'entente.

B. — Les législations étrangères.

C'est dans le domaine des positions dominantes et des fusions d'entreprises que l'on constate les plus importantes différences entre les politiques et les législations des différents pays industriels.

Schématiquement, on peut dire que certains Etats n'ont jusqu'ici pas jugé nécessaire d'interdire les positions dominantes ou les monopoles ; pour d'autres, essentiellement d'ailleurs pour les Etats-Unis, la monopolisation d'un marché est illégale. Toutefois, l'évolution récente montre que de nombreux pays s'orientent vers des législations tendant à freiner l'avènement des monopoles et des positions dominantes, dont les comportements sont de plus en plus mis en question par les pouvoirs publics et par les citoyens.

Progressivement, les législations des Etats industriels se sont montrées soucieuses de contrôler les processus de croissance externe qui constituent fréquemment le mode privilégié de formation des monopoles et des positions dominantes.

Même un pays comme l'Allemagne fédérale, qui admet la légitimité de ces structures de marché, a cependant estimé nécessaire de les réglementer. Les pouvoirs publics considèrent en effet qu'il devient difficile d'apprécier l'efficacité économique et sociale des entreprises en position de domination du marché.

Nous essaierons d'analyser sommairement trois législations caractéristiques en matière de fusion d'entreprises : celles des Etats-Unis, de l'Allemagne fédérale et de la Grande-Bretagne.

1. LA LÉGISLATION AMÉRICAINE

La législation actuellement en vigueur interdit à toute société « d'acquérir tout ou partie des actions ou autres capitaux sociétaires ou tout ou partie des avoirs d'une autre société lorsque l'effet de cette acquisition risque d'affaiblir notablement la concurrence ou de créer un monopole ».

L'article 7 de la loi Clayton ne s'applique pas seulement aux fusions entre concurrents réels (fusions horizontales), mais il concerne aussi les fusions verticales ainsi que celles dites hétérogènes ou conglomerales, toutes étant de nature à réduire la concurrence.

Le législateur américain est parti de l'idée structurelle selon laquelle toute diminution du nombre des concurrents sur un marché peut avoir un impact défavorable sur le fonctionnement de la con-

currence. Toutefois, cette idée doit être nuancée en ce sens que toute réduction de ce nombre n'a pas nécessairement cette conséquence.

Dès 1962, la Cour suprême a apprécié les fusions en observant les parts de marché détenues par chacune des parties à la fusion ; puis elle a également tenu compte de la structure générale des marchés.

La Cour suprême a estimé que les effets défavorables qu'une fusion exerce sur la concurrence ne sauraient être compensés par les conséquences économiques favorables qu'elle pourrait avoir par ailleurs.

Si le dispositif américain en matière de fusion horizontale est rigoureux, il connaît cependant une exception, c'est celle qui repose sur la théorie dite de la société en déconfiture dont les chances de survie sont nulles et qui fait l'objet d'une procédure d'absorption.

En matière de concentration verticale, la Cour suprême des Etats-Unis a considéré comme illégale toute fusion de nature à interdire l'accès à un marché ; il s'agit alors moins de protéger la concurrence que d'assurer la protection des concurrents.

La politique de contrôle du ministère de la Justice est essentiellement établie en fonction du pourcentage de participation aux marchés que détiennent les candidats à la fusion et des conditions ultérieures d'accès aux marchés. Ainsi, l'Administration s'oppose habituellement à toute fusion entre un fournisseur dont les ventes représentent au moins 10 % du marché et un client effectuant au moins 6 % des achats opérés sur ce marché.

Plus généralement, la sévérité des recommandations est d'autant plus grande que le produit fourni par l'une des entreprises qui fusionne entre pour une part appréciable dans le produit final fabriqué par l'entreprise acheteuse et par ses concurrents.

Les fusions hétérogènes, qualifiées aussi de « conglomerales », font également l'objet d'un système de surveillance chaque fois que la fusion est susceptible d'entraîner la création d'une structure de marché favorable aux pratiques de réciprocité d'éliminer une concurrence potentielle importante ou de renforcer la position dominante d'une entreprise.

En définitive, la jurisprudence des tribunaux américains et les directives du ministère de la Justice ont permis de préciser le contenu de l'article 7 de la loi Clayton qui s'applique aux fusions horizontales, verticales ou conglomerales.

Les juges et l'Administration ont estimé plus important d'assurer la sauvegarde d'une structure compétitive que de bénéficier des avantages économiques ou sociaux découlant éventuellement, à courte échéance, d'opérations de croissance externe.

Cette attitude est tout à fait originale. Elle n'est pas retenue par les autres pays qui ont jugé opportun de contrôler les opérations de fusion, notamment l'Allemagne fédérale et la Grande-Bretagne.

2. LA LÉGISLATION ALLEMANDE

Dans sa rédaction de 1957, la loi allemande ne contenait aucune disposition en vue d'interdire ou de contrôler les fusions ou acquisitions d'entreprises. Elle exigeait seulement que les participants fassent une déclaration à l'autorité de contrôle chaque fois qu'à la suite d'une opération de concentration, une part de marché égale ou supérieure à 20 % passait sous un contrôle unique ou chaque fois que les entreprises concernées disposaient, à un moment quelconque pendant les douze mois précédant l'opération, d'un personnel au moins égal à 10.000 personnes ou si leurs chiffres d'affaires étaient égaux ou supérieurs à 500 millions de deutsche Mark (D.M.) ou si, enfin, leurs bilans étaient égaux ou supérieurs à un milliard de D.M.

La fusion étant déclarée, l'autorité de contrôle pouvait l'interdire s'il y avait lieu de craindre que celle-ci fasse naître ou renforce une position dominante, à moins que les entreprises n'apportent la preuve que la fusion conduise à une amélioration de la capacité concurrentielle des firmes et que ceci l'emporte sur les inconvénients résultant de la position dominante.

La modification apportée à la loi allemande en 1973 réaffirme le principe de notification des opérations de concentration et établit un système de contrôle, mais le pouvoir d'interdiction, conféré à l'Office fédéral des ententes en matière de fusion, n'est ni général, ni total.

Il n'est pas général car il est limité aux seuls cas importants. Il ne s'applique pas lorsque les entreprises concernées réalisent ensemble un chiffre d'affaires inférieur à 500 millions de D.M. ; lorsqu'une petite entreprise (chiffre d'affaires inférieur à 50 millions de D.M.) s'intègre à une plus grande société ; lorsque la fusion ne peut exercer des effets restrictifs qu'à l'échelon local et, enfin, dans le cas d'entreprises opérant sur plusieurs marchés, lorsque l'un des participants obtient une position dominante sur un marché de moindre importance. Le pouvoir de l'Office n'est pas non plus total. En effet, en cas de fusion, les partenaires peuvent solliciter l'autorisation du ministre de l'Economie sous réserve, toutefois, que l'atteinte portée à la concurrence soit compensée par des avantages d'ordre économique général et d'impérieuses raisons d'intérêt public.

En outre, les entreprises ont la faculté de faire appel devant les tribunaux d'une interdiction prononcée par l'Office des ententes, ainsi que des décisions du ministère de l'Economie.

La loi de 1973 prévoit également l'*obligation* de déclarer tous les projets de fusion concernant des entreprises dont le chiffre d'affaires de l'exercice précédent a été égal ou supérieur à un milliard de D.M. Si, dans un délai d'un mois, l'Office des ententes n'a pas fait savoir aux contractants potentiels qu'il a entrepris l'étude de leur dossier, ceux-ci peuvent poursuivre leurs négociations et réaliser l'opération. Dans ce cas, l'Office n'a plus pouvoir d'intervenir. Dans le cas contraire, les entreprises doivent attendre l'expiration d'un délai de quatre mois. La loi de 1973 a créé une Commission des monopoles dont la mission est de « permettre une appréciation régulière du développement en Allemagne fédérale des concentrations d'entreprises ». Cette Commission présente des avis bi-annuels qui doivent contenir un jugement sur l'état de la concentration des entreprises, son évolution probable et sur l'application de la politique de la concurrence. La Commission doit également signaler aux Pouvoirs publics tous les amendements qu'elle juge souhaitable d'apporter aux dispositions législatives en vigueur.

La Commission des monopoles a récemment contesté l'action de l'Office fédéral des ententes en matière de fusion, estimant que trop de décisions conduisaient à un renforcement de la concentration. Elle a souligné la nécessité d'assurer des structures de marché concurrentielles.

A la suite de ces observations, l'Office fédéral a fait preuve d'une plus grande sévérité dans l'examen des projets qui lui étaient soumis.

3. LA LÉGISLATION BRITANNIQUE

Le contrôle des fusions a été fondé en Grande-Bretagne sur la loi de 1965 relative aux monopoles et aux fusions.

Sur recommandation de la Commission des monopoles, le ministre du Commerce peut interdire toute fusion lorsque les entreprises concernées détiennent plus du tiers du marché ou lorsque la valeur des activités transférées dépasse 5 millions de livres et lorsque la fusion est ou peut être préjudiciable à l'intérêt public.

Le Fair Trading Act de juillet 1973 est plus sévère encore ; il dispose que le ministre des Prix et de la Protection des consommateurs peut désormais soumettre les projets de fusions à la Commission des monopoles lorsque la fusion peut créer ou renforcer un monopole, c'est-à-dire lorsqu'un quart ou davantage de toutes les

activités commerciales d'un secteur se trouve dans les mains d'une personne ou d'un groupe de personnes ou que la valeur brute des activités cédées ou susceptibles de l'être dépasse 5 millions de livres. Au terme de ces investigations, la Commission doit indiquer par un rapport si la fusion nuit ou est susceptible de nuire à l'intérêt public.

Toute fusion ainsi jugée contraire à l'intérêt public peut être interdite par le Ministre. En outre, le Gouvernement, avec l'assentiment du Parlement, peut dissoudre des fusions. Il est important toutefois de souligner que le Ministre n'est pas tenu de se conformer aux avis de la Commission des monopoles.

La jurisprudence de la Commission britannique des monopoles rejette les hypothèses admises aux Etats-Unis.

L'existence d'un pouvoir de monopoles est tolérée en Grande-Bretagne dès lors qu'existent des pouvoirs compensateurs ou que le bénéficiaire du monopole s'engage à adopter un mode de comportement donné. C'est donc le critère d'efficacité qui peut justifier les grandes fusions alors que le dispositif américain est beaucoup plus critique à cet égard.

La législation britannique met l'accent sur la notion d'intérêt public dont la concurrence est considérée comme un élément important mais, par la reconnaissance de l'existence potentielle d'une fusion, on peut arriver à condamner la survie d'une structure véritablement concurrentielle. Comme, en outre, l'efficacité d'une fusion s'apprécie en fonction d'un marché qui est souvent mondial et en fonction de la compétitivité des parties à la fusion, il en résulte que la considération d'une meilleure compétitivité au plan international sera souvent un élément déterminant pour approuver une fusion.

Plus généralement, la Commission des monopoles britannique a fondé ses avis sur deux sortes de préoccupations. Elle a cherché à maintenir une situation de concurrence effective, tout en permettant à la Grande-Bretagne de se doter d'une structure industrielle compétitive.

Cette politique a été confirmée par le ministère du Commerce qui a mis en place un organisme (l'Industrial Reorganisation Corporation), qui a pour mission de faciliter les mouvements de fusion rendus nécessaires par le développement de la concurrence internationale.

En résumé, on peut dire que les responsables britanniques n'ont accordé le bénéfice d'un pouvoir sur le marché à la suite d'une fusion qu'à partir du moment où la concentration en cause pouvait conduire à une efficience accrue, favoriser les exportations britanniques et développer la politique de régionalisation.

C. — Le projet communautaire de contrôle des concentrations.

Dès 1965, la Commission des communautés européennes, tout en rappelant son désir d'encourager la coopération et la concentration des entreprises dans les secteurs où elle est bénéfique, affirmait que l'article 86 du Traité de Rome relatif à la sanction des abus de position dominante lui permettait d'interdire certaines opérations de concentration par lesquelles une entreprise, déjà en situation très forte de position dominante, chercherait à élargir son contrôle de marché par l'absorption d'un concurrent.

Cette théorie, utilisée pour la première fois en 1971, dans une procédure individuelle intentée contre la firme américaine Continental, a été confirmée par la Cour de justice des communautés européennes dans son arrêt du 21 février 1972.

C'est dans le contexte de cette évolution générale en faveur du contrôle des concentrations que la déclaration finale du Sommet de Paris des 19 et 20 octobre 1972 mentionne la nécessité d'élaborer « des dispositions de nature à garantir que les concentrations intéressant les entreprises établies dans la Communauté soient en harmonie avec les objectifs économiques et sociaux communautaires et le maintien d'une concurrence loyale ».

La Commission déposait alors, en juin 1973, un projet de règlement du Conseil comportant quatre dispositions essentielles :

1° Sauf exceptions appréciées par elle seule, la Commission peut déclarer incompatibles avec le Marché commun les opérations de concentration lorsque :

— le chiffre d'affaires total des entreprises participant à la concentration est supérieur à 200 millions d'unités de compte (environ un milliard de francs) ;

— les produits ou services concernés par la concentration représentent plus de 25 % du volume de la branche dans un Etat membre.

2° La Commission est, à elle seule, en mesure d'ordonner la séparation des entreprises regroupées.

3° Les opérations de concentration doivent être notifiées à la Commission avant leur réalisation chaque fois que le montant du chiffre d'affaires des entreprises devant être réunies dépasse un milliard d'unités de compte (environ cinq milliards de francs).

4° La Commission dispose du pouvoir d'infliger des amendes et des astreintes pour obliger les entreprises à lui communiquer tous

les renseignements utiles et à respecter ses décisions concernant la dissolution des opérations de concentration.

Selon le processus communautaire traditionnel, le projet de la Commission a été soumis à l'Assemblée européenne de Strasbourg, ainsi qu'au Comité économique et social européen, qui ont émis un avis favorable en février 1974.

Depuis 1974, le Groupe des questions économiques s'est livré à un examen attentif du projet de règlement communautaire et c'est sur la base des critiques formulées par certaines délégations que le projet en cause a fait l'objet de modifications importantes.

Au plan des critiques d'abord, quatre objections fondamentales ont été avancées par les représentants de différents pays :

1° En pouvant s'appliquer à des opérations de concentration entre entreprises nationales, le projet communautaire ne tient pas compte des différences de structures industrielles entre les divers Etats de la Communauté ; le projet va même à l'encontre de la volonté de certains pays de promouvoir la politique de concentration nécessaire pour bâtir une véritable politique industrielle.

2° Il est impensable, dans une affaire aussi délicate, que la Commission s'arroge tous les pouvoirs en ne faisant intervenir les Etats membres que lors de l'adoption du règlement de base.

3° Le dispositif est mal agencé ; ainsi une opération de concentration peut être suspecte à partir d'un chiffre d'affaires de 200 millions d'unités de compte, mais la notification n'est obligatoire qu'à partir du moment où le chiffre d'affaires des entreprises en cause est supérieur à un milliard d'unités de compte.

4° Dernière critique importante, enfin : les mesures prévues par la Commission n'assurent pas le secret des affaires.

C'est à la suite de multiples négociations et des observations présentées par différentes délégations nationales que les services de la Commission devaient aménager, en janvier 1976, le projet de règlement original. Le projet de janvier 1976 se caractérise par trois modifications. Deux d'entre elles rendent le système de contrôle moins sévère, mais la dernière disposition rend obligatoire la notification préalable des opérations de concentration.

Au plan de la moindre sévérité d'abord, il faut relever que les seuils de part de marché permettant le contrôle des opérations de concentration ont été substantiellement relevés ; de surcroît, des opérations de concentration jugées incompatibles avec le Marché commun en raison de leurs effets sur la concurrence peuvent être

autorisées si de telles opérations permettent la réalisation d'un objectif communautaire considéré comme prioritaire.

Plus précisément, l'article premier du nouveau projet contient les dispositions suivantes :

— le contrôle des opérations de concentration doit s'exercer dans la mesure où :

- le chiffre d'affaires total de l'ensemble des entreprises participant à la concentration représente un montant supérieur à 500 millions d'unités de compte et la part, dans le Marché commun, des entreprises participant à la concentration est de 20 % ou plus pour les produits ou services en cause ;

- la part de marché des entreprises participant à la concentration est de 30 % ou plus dans le Marché commun pour les produits ou services en cause, bien que leur chiffre d'affaires total soit inférieur à 500 millions d'unités de compte.

— toute opération de concentration de la nature de celle précisée au paragraphe précédent est réputée incompatible avec le Marché commun dans la mesure où le commerce entre les Etats membres est susceptible d'en être affecté. Toutefois, le régime d'incompatibilité peut être déclaré inapplicable pour les opérations de concentration qui sont jugées indispensables à la réalisation d'un objectif considéré comme prioritaire dans l'intérêt général de la Communauté.

Mais, en contrepartie de cette moindre sévérité, l'article premier dispose également que toutes les opérations de concentration tombant sous le coup du règlement communautaire doivent être notifiées à la Commission avant leur réalisation.

Le projet de règlement communautaire, dans sa forme de janvier 1976, bien que nettement assoupli, a néanmoins fait l'objet de critiques de la part de différentes délégations que l'on peut regrouper autour de cinq thèmes centraux.

1° Les fusions entre entreprises d'un seul et même Etat membre n'ont pas lieu d'être concernées par le projet communautaire.

2° Le seuil de 20 % du marché européen demeure trop faible et il conviendrait de le relever.

3° L'appréciation de la notion d'objectif prioritaire pour l'intérêt général de la Communauté, pour bénéficier du régime d'exemption, ne doit pas être laissée à la seule appréciation de la Commission ; la procédure doit faire intervenir les Etats membres.

4° En matière de décision, le pouvoir de la Commission doit être partagé avec les Etats membres ; les décisions des Communautés doivent pouvoir faire l'objet d'une procédure d'appel de la part des Etats intéressés et ne doivent devenir exécutoires que si les Etats intéressés ne l'ont pas contestée et n'ont pas demandé au Conseil de trancher le différend.

5° La notification des opérations de concentration ne devrait pas être obligatoire.



Il est difficile, dans l'état actuel des choses, d'anticiper l'attitude définitive qu'adopteront les différentes délégations nationales ainsi que la Commission des Communautés européennes. Mais quelles que soient les décisions prises, différentes observations peuvent être avancées.

En se dotant d'une procédure de contrôle des opérations de concentration relativement plus sévère que la procédure communautaire, la France se met en mesure de maîtriser la quasi-totalité des opérations de concentration réalisées par des entreprises nationales.

On notera par ailleurs qu'il n'y a pas de différence sensible de nature entre le concept de progrès économique et social retenu dans la loi française et la notion d'objectif prioritaire adopté dans le texte de la Communauté.

Mais il n'en demeure pas moins que, résiduellement, des opérations de concentration entre entreprises nationales pourront faire l'objet d'un contrôle communautaire dès lors que lesdites entreprises contrôleraient plus de 20 % du marché européen. Il est vrai que cette disposition se situe dans la logique des articles 85 et 86 du Traité de Rome à laquelle la puissance publique demeure attachée.

D. — Les insuffisances actuelles de la politique française.

Par nature, comme le montre l'expérience de tous les pays industrialisés, les actions et les situations anticoncurrentielles sont multiples et prennent des formes très variées.

Pour certains d'ailleurs, la concurrence n'apparaît même plus comme un mode de régulation du marché pour deux raisons : d'abord, le degré de concentration est d'ores et déjà trop élevé pour qu'il soit encore possible d'y réaliser une concurrence efficace ; ensuite, il apparaît que le processus de concentration est irréversible.

Néanmoins, conscients de la nécessité du maintien d'une concurrence aussi développée que possible, beaucoup de pays, comme nous l'avons vu précédemment, ont renforcé leur dispositif anti-trusts ou se sont dotés d'une politique de la concurrence. Au demeurant, l'échec relatif de certaines politiques nationales dans ce domaine résulte souvent d'une double inadaptation :

1° les politiques ou les mesures en faveur de la concurrence ne sont pas en harmonie avec d'autres instruments de la politique économique mise en œuvre par les Pouvoirs publics ;

2° ces mesures ne sont pas toujours basées sur un raisonnement économique suffisant.

A cet égard, on peut se demander si la constitution de grandes entreprises dotées d'un très large pouvoir de marché, qui s'est beaucoup développée au cours de ces dernières années, ne va pas à l'encontre d'une politique industrielle efficace. Ainsi, *la France s'est efforcée de combattre les ententes et les positions dominantes mais elle a, en même temps, favorisé une très forte concentration des entreprises industrielles* qui peut être parfois contradictoire avec les premiers objectifs.

Ceci constitue un manque de coordination au niveau de la politique économique d'ensemble. En outre, certaines idées générales ont connu un succès et une influence excessifs : trop souvent, on a estimé qu'une grande entreprise était nécessairement plus performante que des firmes de taille plus modeste.

Certes, la recherche de structures de production et de marché efficaces a nécessairement conduit à des restructurations nombreuses et importantes. Mais l'existence même de ce phénomène peut faire regretter qu'un contrôle n'ait pas été institué plus tôt dans notre pays.

En outre, les positions dominantes ainsi créées n'ont pas fait l'objet de mesures de surveillance appropriées. On peut aussi remarquer que le désir de développer au maximum les exportations a conduit bien souvent à tolérer, voire à encourager, les ententes dans ce domaine sans toujours bien voir que les firmes qui passent des accords entre elles sur les marchés extérieurs ne peuvent pas également être incitées, à la longue, à faire de même sur le marché national.

D'ailleurs, compte tenu de l'internationalisation des marchés, il apparaît de moins en moins réaliste de vouloir mettre en œuvre une politique de la concurrence ignorant les comportements des entreprises dans le cadre d'ententes internationales. Il en résulte tout naturellement que, bien souvent, des ententes nationales apparaissent en prolongement d'accords internationaux antérieurs.

Dans ce domaine, on peut également regretter qu'une collaboration plus active n'ait pu être instaurée entre l'administration française et les services des Communautés européennes, car c'est bien souvent dans ce cadre européen qu'apparaissent nombre de problèmes liés à la concentration ou aux ententes entre les entreprises.

Une autre inadaptation liée, celle-ci, au défaut de raisonnement économique, consiste trop souvent, pour les responsables des politiques nationales de concurrence, à confondre « action sur les prix » et « action en faveur de la concurrence ».

Pour être efficace, toute politique ayant trait au fonctionnement du marché se doit d'être claire pour les entreprises. L'adoption de règles automatiques limite l'incertitude juridique tandis que toute politique reposant essentiellement sur la notion d'abus est susceptible de l'entretenir.

Ainsi en France, l'existence d'ententes prohibées par l'article 59 *bis* de l'ordonnance du 30 juin 1945 provient vraisemblablement du sentiment des entreprises que le texte ne leur est que partiellement applicable, dans la mesure précisément où les décisions administratives sont, en grande partie, influencées par les circonstances économiques particulières de chaque secteur.

En outre, la notion d'abus n'est, par nature, ni claire, ni facile à déterminer ; sa mise en œuvre est donc à la fois délicate et lourde. C'est pourquoi l'évolution récente de la législation traduit de plus en plus une préférence marquée pour des règles automatiques.

Si tous les défauts que nous venons d'analyser se retrouvent dans la politique française en matière de concurrence, c'est, il faut bien le dire, d'abord parce que notre pays n'y a consacré jusqu'à maintenant que des moyens trop limités.

Il y a d'abord le problème de l'étendue des moyens de l'administration chargée de déceler et d'instruire les cas d'entente. Jusqu'en 1970, en effet, les services chargés de l'instruction des dossiers n'étaient employés que partiellement à ces tâches, étant donné leur caractère polyvalent. Depuis les années 1970 et 1971, la Direction générale de la concurrence et des prix a mis en place des cellules régionales spécialisées dans le domaine de la concurrence et une brigade nationale d'enquêtes composée d'un petit nombre de fonctionnaires, de niveau élevé, et spécialement chargés de l'instruction des affaires soumises à la Commission. Ces réformes permettent à cette dernière de disposer de dossiers instruits de façon plus satisfaisante.

Mais un autre problème réside dans la structure même de la Commission des ententes, qui fait que le nombre d'avis qu'elle a pu

émettre annuellement ne dépasse pas en pratique le nombre de neuf. Ceci est évidemment insuffisant pour assurer un contrôle véritablement efficace des ententes.

A cet égard, le projet de loi qui prévoit d'affecter à la Commission de la concurrence des spécialistes à plein temps apparaît comme une mesure positive. Il est certain que la puissance des groupes industriels contemporains, leurs moyens d'action et d'influence et la complexité des processus économiques rendent indispensable la mise en place d'une structure administrative suffisamment permanente et structurée pour être en mesure de connaître et de contrôler effectivement la pratique des ententes, des positions dominantes et des concentrations économiques.

Il semble d'autre part nécessaire de renforcer la collaboration entre les ministères techniques et la Commission. Il est certain que la politique en matière de restructuration industrielle et de transferts entre l'Etat et l'industrie doit associer plus étroitement que par le passé les membres de la nouvelle Commission de la concurrence aux études et aux décisions. En effet, jusqu'à présent, l'intervention de la Commission des ententes, tant vis-à-vis de l'administration que des professions, est demeurée ponctuelle et les services administratifs chargés des problèmes de concurrence n'ont pu participer suffisamment à la définition de la politique des structures industrielles.

Une des autres imperfections du système français actuel réside dans l'absence de sanctions suffisantes ou suffisamment dissuasives pour éviter que les entreprises ne recourent à nouveau à des pratiques restrictives.

Dans deux domaines particuliers, on constate également que l'action de la Commission des ententes n'a pas connu un développement suffisant pour atteindre une pleine efficacité. Le premier problème concerne l'information et la sensibilisation de la collectivité aux problèmes de la concurrence. Celui-ci, jusqu'ici, n'a pas été résolu d'une façon satisfaisante. Néanmoins, on peut se féliciter que depuis 1972, des conférences de presse soient organisées à l'occasion de la publication des rapports de la Commission et de voir que celle-ci a pris l'habitude d'identifier les entreprises dans ses avis.

Il est certain qu'une sensibilisation réelle du public et des consommateurs à ces questions constituerait un moyen efficace de pression sociale, capable d'améliorer le fonctionnement de la concurrence sur les marchés.

Un autre problème concerne les tribunaux de l'ordre judiciaire. Jusqu'ici, en effet, les magistrats français, faute d'avoir reçu une formation adéquate, sont difficilement en mesure d'apprécier les aspects économiques des politiques de restriction de la concurrence.

Ils sont, en outre, gênés par l'imprécision des textes actuellement en vigueur lorsqu'ils doivent distinguer les éléments positifs ou négatifs des affaires d'ententes ou de positions dominantes qui leur sont soumises.

On peut se demander à cet égard si la *création de juridictions spécialisées dans le domaine des infractions économiques* ne serait pas une mesure aussi nécessaire que la création envisagée d'une Commission de la concurrence dotée de moyens et de responsabilité plus grands que l'actuelle Commission des ententes.

III. — ECONOMIE GÉNÉRALE DU PROJET DE LOI

C'est à la lumière des problèmes et des données que nous avons analysés ci-dessus que le Gouvernement a déposé un projet de loi relatif au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de positions dominantes.

A. — Les objectifs du projet de loi.

Les principaux objectifs du Gouvernement, en demandant au Parlement de voter ce texte, sont de quatre ordres :

— assurer le développement d'une concurrence saine et loyale sur les marchés ;

— compléter la politique industrielle conduite au cours de ces dernières années ;

— développer l'action entreprise vis-à-vis des consommateurs ;

— poursuivre le programme de lutte contre les causes structurelles de l'inflation.

1. FAIRE RESPECTER

UNE CONCURRENCE SAINTE ET LOYALE SUR LES MARCHÉS

La France est dotée d'un mécanisme de contrôle des ententes et des positions dominantes dans les secteurs industriel et commercial. Ce texte prohibe les actions concertées qui ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence : ce sont les ententes illicites.

D'autre part, l'ordonnance interdit les activités d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises occupant sur le marché intérieur une position dominante, lorsque ces activités ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'entraver le fonctionnement normal du marché. Enfin, ce texte dégage des interdictions précédentes les actions concertées des entreprises présentant globalement un bilan positif du point de vue du développement du progrès économique.

La mise en œuvre de cette législation a été confiée, à partir de 1953, à une Commission technique des ententes et des positions

dominantes. Cet organisme consultatif a pour mission de procéder aux appréciations prévues par l'ordonnance de 1945 dans les affaires dont elle est saisie.

Sa jurisprudence montre que le système français se caractérise par la souplesse. Mais l'expérience a montré que la Commission pâtissait à la fois de la faiblesse de ses moyens propres et de l'inadaptation du système des sanctions en matière d'ententes illicites et d'abus de positions dominantes.

2. COMPLÉTER LA POLITIQUE INDUSTRIELLE FRANÇAISE

Depuis plusieurs années, les gouvernements successifs ont cherché à favoriser la restructuration de notre appareil industriel et commercial en vue d'accroître sa compétitivité, tant au plan national qu'au niveau international.

Naturellement, l'effort entrepris doit se poursuivre mais, d'ores et déjà, les entreprises se sont engagées dans la voie préconisée par les Pouvoirs publics et ont constitué des unités de grande taille. Il en résulte que la concertation de l'offre s'est considérablement accrue dans de nombreux secteurs. Cette situation impose plus que jamais un impératif de vigilance aux Pouvoirs publics afin, d'une part, de se donner les moyens de contrôler activement et efficacement les comportements anti-concurrentiels éventuels et, d'autre part, de s'assurer que les modifications de structures des entreprises ne résultent pas seulement d'une volonté de monopoliser le marché.

3. AMÉLIORER LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS

Le présent projet de loi a également pour objet d'améliorer la protection du consommateur face à la puissance des grands groupes économiques contemporains et à la pression diffuse mais considérable résultant de l'existence d'une extraordinaire société de consommation, telle que nous la connaissons aujourd'hui.

En se donnant les moyens de prévenir l'avènement de rentes de situation ou de comportements abusifs en matière de prix, le Gouvernement veut défendre les consommateurs et éviter que les efforts de tous ne soient confisqués au bénéfice de quelques-uns.

4. LUTTER CONTRE LES CAUSES STRUCTURELLES DE L'INFLATION

Cette lutte doit être conduite à plusieurs niveaux : en premier lieu, comme le montre la jurisprudence de la Commission technique, les ententes illicites et les abus de positions dominantes ont souvent

pour effet de fixer les prix des biens et des services à des niveaux sans commune mesure avec les coûts de revient ou de s'opposer à la baisse des prix, là où celle-ci est possible. De tels comportements affectent naturellement le pouvoir d'achat des Français et entretiennent l'inflation.

En second lieu, les pratiques restrictives visent souvent à restreindre artificiellement le volume des biens offerts sur les marchés nationaux et à empêcher la diffusion de l'innovation et du progrès technique. Ainsi, ces pratiques diminuent la compétitivité de nos entreprises sur les marchés internationaux, rendant de la sorte plus difficile l'équilibre de nos échanges extérieurs.

En définitive, le Gouvernement considère que l'exercice d'une concurrence saine et loyale obligera les entreprises à réduire au minimum leurs coûts de production, favorisera celles qui contribuent le plus efficacement au progrès économique et éliminera les situations de rente injustifiées.

B. — Le dispositif prévu par le projet de loi.

La poursuite des ambitieux objectifs que le Gouvernement présente devrait être assurée par la mise en œuvre des dispositions contenues dans le projet de loi. Celles-ci se groupent en trois parties :

— la création d'une Commission de la concurrence, qui se substituera à la Commission des ententes ;

— l'instauration en France d'un contrôle de la concentration économique ;

— la recherche d'une meilleure efficacité de la répression en matière d'entente illicite et d'abus de position dominante.

1. LA CRÉATION D'UNE COMMISSION DE LA CONCURRENCE

Conscient des insuffisances de moyens et d'attributions de l'actuelle Commission technique des ententes et des positions dominantes, le Gouvernement propose de la remplacer par une Commission de la concurrence. Cette modification vise à instituer une instance consultative qui jouira d'une compétence élargie, d'une autorité accrue et de moyens renforcés.

L'article premier du projet de loi crée donc cette commission de la concurrence et lui confère une large compétence puisqu'elle connaîtra, à titre consultatif, de toutes les questions concernant la concurrence dont elle sera saisie par le Gouvernement.

En outre, elle exercera les attributions précédemment confiés à la Commission des ententes en matière de répression des ententes illicites et des abus de positions dominantes et aussi les nouvelles attributions définies par le projet de loi en matière de contrôle des concentrations économiques. On le voit, c'est donc sur cet organisme que repose la responsabilité de la mise en œuvre et probablement de la réussite de la réforme qui nous est proposée.

On constate d'ailleurs que sa compétence déborde largement les limites du texte puisque la Commission aura naturellement pour mission de donner des avis au Gouvernement sur toute question intéressant la concurrence.

L'article premier bis (nouveau) détermine la composition de la Commission de la concurrence ; son président sera nommé par décret pour une durée de six ans et choisi parmi les membres du Conseil d'Etat ou parmi les magistrats de l'Ordre administratif ou judiciaire. La durée de son mandat est un moyen de renforcer l'autorité du Président de la Commission de la concurrence en lui assurant une garantie de stabilité suffisamment longue.

Si le texte initial du Gouvernement ne précisait pas le nombre des commissaires composant cette Commission, l'Assemblée nationale, au contraire, a fixé ce nombre à huit. Ils seront nommés pour une durée de quatre ans et choisis parmi les membres du Conseil d'Etat et les magistrats de l'ordre administratif et judiciaire, ou bien en raison de leur compétence en matière économique, sociale ou de consommation.

Sur ce point également, l'Assemblée nationale a porté à quatre ans la durée de leur mandat, dans le souci d'accroître leur stabilité et, ainsi, leur autorité. En outre, les mandats du président et des commissaires sont renouvelables.

Enfin, la Commission sera assistée d'un Rapporteur général et de Rapporteurs, dont plusieurs, ainsi d'ailleurs que le Président, occuperont des emplois à temps plein. Cette innovation est, elle aussi, importante car l'une des faiblesses de la Commission des ententes était de n'être constituée que de personnalités ayant des responsabilités et des activités extérieures qui leur laissaient un temps insuffisant pour étudier les problèmes de la concurrence.

L'article premier ter (nouveau) règle le fonctionnement de la Commission de la concurrence et précise que celle-ci peut siéger, soit en formation plénière, soit en sections. Ces dernières, composées chacune de cinq membres, seront constituées par trois commissaires auxquels seront adjointes deux personnes au plus répondant aux mêmes critères de qualification que les commissaires.

L'Assemblée nationale a prévu que ces personnes pourraient suppléer les membres de la Commission empêchés, lorsque celle-ci siège en formation plénière. La création de ces sections est une mesure utile car les nouvelles missions de la Commission vont entraîner un alourdissement considérable de ses tâches. Il sera donc indispensable, pour les affaires les moins importantes ou les plus spécialisées, que des structures plus réduites puissent se substituer à la commission plénière.

2. LE CONTROLE DE LA CONCENTRATION ÉCONOMIQUE

Adoptant enfin une législation existant déjà dans de nombreux pays étrangers, parfois depuis longtemps comme aux Etats-Unis, la France envisage, avec le présent projet de loi, d'instituer un contrôle de la concentration économique, qui constitue l'objet du titre premier du texte.

L'article 2 définit les opérations qui peuvent être soumises à contrôle comme celles ayant pour objet de réaliser une concentration d'entreprises ou celles de nature à entraîner les mêmes effets qu'une concentration, à partir du moment où une concurrence suffisante ne pourra plus s'exercer sur le marché national.

On observera que la formule utilisée ne vise que les cas dits de croissance externe, c'est-à-dire ceux résultant des fusions entre des entreprises ou de l'absorption d'une entreprise par une autre. Les cas de croissance interne d'un groupe par autofinancement ou augmentation du capital n'étaient pas visés par le projet de loi initial du Gouvernement. Toutefois, en adoptant un amendement de M. Poperen, l'Assemblée nationale a prévu que la Commission de la concurrence pourrait être saisie, par le ministre chargé de l'Economie du cas des entreprises qui, par croissance interne, parviennent à atteindre un chiffre d'affaires représentant une part importante du marché national.

Afin d'éviter un contrôle excessif, le projet de loi propose de le limiter aux seules concentrations entre des entreprises qui réalisent sur le marché national un chiffre d'affaires important. Dans le cas de biens ou de services de même nature ou substituables, l'ensemble des entreprises concernées devraient avoir réalisé, durant l'année civile ayant précédé la concentration, un chiffre d'affaires représentant au moins 40 % du marché. Dans le cas de biens ou de services de natures différentes et non substituables, le pourcentage de la consom-

mation nationale est abaissé à 25 %. Il s'appliquerait dans le cas où deux au moins des contractants ou des groupes d'entreprises concernées atteindraient ce pourcentage, chacun de son côté et dans son secteur.

En outre, il est précisé que les entreprises concernées ne seraient pas seulement celles qui auraient été partie à l'opération juridique de concentration, mais aussi celles qui sont l'objet de cette dernière ou qui sont économiquement liés aux entreprises comprises dans la concentration. Il est, en effet, évident que la multiplicité et la diversité des liens existant entre les entreprises et le jeu extrêmement ramifié des filiales et des prises de participations de toutes sortes aboutissent à l'existence de groupes économiques de fait qui vont bien au-delà de ce que fait apparaître le seul examen des actes juridiques passés.

Le projet de loi donne une définition de la consommation nationale, base du calcul déterminant s'il y a ou non concentration, comme le montant total des ventes de biens et de services faites en France au cours de l'année civile ayant précédé l'opération de concentration.

Enfin, une disposition très importante a été prévue par le dernier alinéa de l'article 2. Dans le cas où une concentration d'entreprises apporte au progrès économique et social une contribution suffisante pour justifier les atteintes à la concurrence qui peuvent en résulter, les mesures d'injonction ou de prescription prévues par l'article 9 du projet de loi ne peuvent être prises. En effet, ces mesures ont essentiellement pour objet d'imposer aux entreprises concernées la modification, voire l'annulation, de l'acte par lequel elles avaient décidé leur fusion. L'Assemblée nationale a complété ce dispositif en précisant que l'établissement du bilan comparatif devrait évaluer cette contribution en tenant compte de la compétitivité des entreprises au regard de la concurrence internationale.

Cette disposition importante laisse naturellement une très large marge d'appréciation aux pouvoirs publics car la notion de « contribution *suffisante* » au progrès économique et social ne saurait être déterminée a priori.

Dans un second chapitre, l'Assemblée nationale a regroupé l'ensemble des dispositions relatives à la procédure et à la sanction du contrôle, alors que le texte initial du Gouvernement avait séparé ce qui était relatif au contrôle sur déclaration, qui faisait l'objet d'un chapitre particulier, de ce qui était relatif au contrôle à l'initiative de l'Administration, qui figurait sous un autre chapitre.

Ce regroupement, s'il alourdit quelque peu la formulation du projet de loi, a cependant le mérite d'éviter de très nombreuses redites, car la seule véritable différence entre les deux procédures concernait leur

point de départ reposant, dans un cas, sur une déclaration des entreprises et, dans l'autre cas, sur une initiative de l'administration. Pour le reste en effet, les étapes et les modalités étaient à peu près identiques sur tous les points.

L'article 6 du projet de loi affirme dès l'abord que la notification au ministre chargé de l'Economie des *projets* d'actes portant concentration économique est *facultative*. La modification du texte sur ce point n'est que formelle. Elle souligne le caractère libéral du projet de loi, qui ne veut en aucun cas contraindre les entreprises, mais seulement les inciter à se soumettre à un contrôle qui n'a pas pour objet de réprimer systématiquement, mais de veiller au respect des intérêts économiques généraux du pays.

En outre, il est prévu que les actes portant concentration conclus entre les entreprises peuvent encore être notifiés à l'administration dans les trois mois suivant leur conclusion. Cette mesure va toujours dans le même sens de l'incitation et prolonge, dans ce dessein, le délai laissé à la libre initiative des agents économiques.

Enfin, il est précisé que, dans les deux cas, la notification peut être assortie par les entreprises d'un certain nombre d'engagements destinés à répondre aux impératifs économiques d'ensemble.

Cette procédure libérale constitue la base du contrôle de la concentration économique institué pour la première fois en France. Naturellement, il convenait de la compléter par une possibilité donnée à l'administration d'engager elle-même des recherches pour examiner si les actes conclus ou passés par les entreprises n'entrent pas dans le champ d'application de la nouvelle loi.

L'Assemblée nationale, soucieuse de renforcer les pouvoirs de décision et d'intervention de la Commission de la concurrence, a donné au président de celle-ci la possibilité d'agir d'office pour faire procéder par l'administration aux mêmes recherches. Dans les deux cas, naturellement, la Commission est tenue informée des résultats de l'enquête.

L'article 7 du projet de loi concerne la procédure d'examen des actes considérés comme relevant de la nouvelle législation sur les concentrations économiques. Lorsque, à la suite d'une notification volontaire des entreprises ou des recherches réalisées à la demande du président de la Commission de la concurrence ou du ministre de l'Economie, une opération de concentration est considérée comme entrant dans le champ d'application de l'article 2 du projet de loi, le ministre chargé de l'Economie peut saisir la Commission de la concurrence.

Le souci de libéralisme apparaît dans le cas où cette saisine de la Commission fait suite à une notification volontaire par les entreprises concernées. Dans ce cas, le ministre ne peut demander l'avis de la

Commission à l'expiration d'un délai de trois mois après la notification volontaire, sauf si les entreprises n'ont pas respecté les engagements dont elles avaient assorti leur notification. Au contraire, s'il n'y a pas eu notification, c'est-à-dire si le contrôle est déclenché à l'initiative de l'Administration, la saisine de la Commission ne peut intervenir avant l'expiration du délai de trois mois suivant la conclusion d'un acte de concentration, ce délai étant laissé systématiquement aux entreprises pour procéder d'elles-mêmes à une notification volontaire. Au-delà de ce délai de trois mois, la saisine peut intervenir à tout moment sans limite dans le temps.

L'article 8 du projet de loi fixe les conditions dans lesquelles la Commission de la concurrence examine les opérations de concentration qui lui sont soumises par le ministre chargé de l'Economie.

Il est précisé qu'elle doit notamment examiner si les dispositions du dernier alinéa de l'article 2 s'appliquent, c'est-à-dire si la contribution au progrès économique et social fournie par la concentration est suffisante pour justifier les atteintes à la concurrence.

D'autre part, dans son avis, la Commission doit indiquer, s'il y a lieu, les mesures qu'il convient de prendre en vue de faire disparaître les conséquences négatives résultant de l'opération de concentration.

La sauvegarde des droits de la défense est assurée par le second alinéa de l'article 8 qui confère aux parties intéressées le droit d'avoir communication, non seulement des rapports au vu desquels la Commission de la concurrence se prononce mais aussi de tous les éléments d'information, documents ou extraits sur lesquels s'est fondé le Rapporteur. Les entreprises ont alors la possibilité de produire leurs observations dans le cours de la procédure.

L'article 9 détermine les mesures que l'administration peut prendre à la suite de l'avis donné par la Commission de la concurrence. C'est le ministre chargé de l'Economie, ainsi que le ou les ministres dont relève le secteur concerné, qui peuvent, par un arrêté motivé, prendre des injonctions en vue d'imposer aux entreprises un certain nombre de mesures destinées à mieux protéger les intérêts économiques généraux et les objectifs de la politique globale.

Ces injonctions peuvent ordonner que l'acte de concentration soit modifié ou complété ou qu'il ne soit pas donné suite au projet d'acte. Il peut s'agir également de rétablir la situation de droit antérieure ou, enfin, de prendre toute mesure propre à assurer ou à rétablir une concurrence suffisante, tout ceci dans un délai déterminé.

La disposition essentielle qui s'applique à ces injonctions des ministres réside dans le fait qu'elles ne peuvent excéder les limites de l'avis de la Commission de la concurrence.

Outre ces injonctions, les ministres ont la possibilité, en vertu du deuxième alinéa de l'article 9, de subordonner l'entrée ou le maintien en vigueur de l'acte de concentration à l'observation de prescriptions.

Le projet de loi indique simplement que celles-ci doivent être de nature à apporter au progrès économique et social une contribution suffisante pour justifier des atteintes à la concurrence. D'autre part, il est précisé que ces prescriptions doivent être prises « *dans les mêmes conditions* » que les injonctions visées à l'alinéa précédent. Cette formule signifie que les ministres ne peuvent prendre des prescriptions qui iraient au-delà de l'avis de la Commission de la concurrence mais il semble que, sur ce point, le Gouvernement ne souhaite pas avoir les mains liées et qu'il envisage de demander la suppression de la formule en question. Nous reverrons ce problème à propos de l'analyse de l'article 9.

Enfin, lorsqu'il y a eu notification de l'acte de concentration, aucune injonction ou prescription ministérielle ne peut intervenir passé un délai de huit mois à compter de la réception de cette notification. Naturellement, cette disposition ne s'applique pas si les entreprises concernées n'ont pas exécuté les engagements, dont elles avaient assorti leur notification, ou les injonctions et les prescriptions formulées antérieurement par les ministres.

De même que les entreprises sont mises en mesure d'avoir communication des éléments du dossier et de produire leurs observations dans le courant de la procédure d'examen de l'opération de concentration par la Commission de la concurrence, de même elles bénéficient des mêmes droits préalablement à la décision ministérielle en matière d'injonctions ou de prescriptions.

L'article 15 du projet de loi dispose que les injonctions et les prescriptions ministérielles ont un caractère obligatoire et qu'elles s'imposent à tous, quelles que soient les stipulations contraires dont les parties ont pu convenir dans leurs actes. Le caractère obligatoire de ces mesures est confirmé par la possibilité donnée aux ministres de prononcer une sanction pécuniaire, après avoir consulté sur son montant la Commission de la concurrence.

Cette sanction est alors prise dans les conditions et les limites prévues par les articles 53 à 57 de l'ordonnance du 30 juin 1945 relatifs aux prix que nous examinerons dans le titre II, à l'article 21.

Enfin, l'article 16 bis (nouveau) donne aux fonctionnaires habilités à conduire les enquêtes sur les opérations de concentration économique, les pouvoirs prévus par l'ordonnance de 1945 en matière de prix.

Cet article confère également aux rapporteurs de la Commission de la concurrence les mêmes pouvoirs. C'est là une disposition importante qui, ajoutée aux garanties de compétence résultant des conditions de recrutement des membres de la Commission et à la possibilité de disposer de rapporteurs occupant des emplois à plein temps, contribuera à donner à cette Commission la plénitude des moyens dont elle a besoin pour remplir sa mission dans un domaine qui est à la fois important et d'une grande complexité.

C'est par la mise en œuvre du dispositif que nous venons de décrire que le Gouvernement espère, en ce qui concerne la concentration des entreprises, pouvoir lutter efficacement contre les causes structurelles de l'inflation et, ainsi, mieux assurer la réalisation des grands équilibres, améliorer la situation de notre balance commerciale et le niveau de l'emploi dans notre pays.

On mesure, par là, combien le projet est ambitieux et difficile sa réalisation. Les mesures qui nous sont proposées, tout en demeurant fondamentalement marquées par un souci de libéralisme économique, donnent néanmoins aux pouvoirs publics les moyens d'une action efficace.

Il reste naturellement à s'interroger sur le point de savoir si la politique générale et la pratique administrative seront toujours assez fermes pour atteindre les objectifs ainsi définis.

3. LA RECHERCHE D'UNE MEILLEURE EFFICACITÉ DE LA RÉPRESSION EN MATIÈRE D'ENTENTES ILLICITES ET D'ABUS DE POSITIONS DOMINANTES

Avant que ne soient promulguées, à la Libération, les deux ordonnances qui constituent la base de notre législation économique, celle-ci se composait presque exclusivement de l'article 419 du Code pénal.

Cet article qui, dans sa formulation initiale, visait à sanctionner l'accaparement des denrées en période de pénurie et les abus des fournisseurs des armées, n'est pas modifié par le présent projet de loi. Toutefois, bien que seules les deux ordonnances du 30 juin 1945 et, surtout, celle relative aux prix, doivent être modifiées, avant d'analyser le contenu des dispositions du titre II relatif aux sanctions applicables en cas d'infraction à la législation des ententes et des positions dominantes, il est indispensable de rappeler, à grands traits, les dispositions actuellement en vigueur en ce domaine.

1° *Les dispositions actuellement en vigueur.*

Notre législation applicable aux ententes économiques se compose donc, essentiellement, de deux textes :

- l'article 419-2° du Code pénal ;
- l'ordonnance 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix.

a) L'article 419-2° du Code pénal.

Cet article réprime les actions entreprises en vue de se procurer un gain qui ne serait pas le résultat du jeu naturel de l'offre et de la demande.

Pour que ces actions, connues sous le vocable de « délit d'altération de prix », puissent être sanctionnées sur la base de cet article, plusieurs éléments constitutifs du délit doivent être remplis.

— Tout d'abord, une altération des prix du marché doit être constatée. Cette altération doit se traduire par une modification des cours d'un produit par rapport à ce qu'auraient été ces cours en situation de libre concurrence.

— En second lieu, l'altération des prix doit être la conséquence des actions frauduleuses énumérées par l'article 419.

— En troisième lieu, les prix altérés doivent être soumis à la loi de l'offre et de la demande.

— Enfin, il faut qu'il existe une intention frauduleuse, c'est-à-dire une volonté établie d'altérer les prix.

La procédure de poursuite des infractions à l'article 419 du Code pénal présente, par ailleurs, deux particularités. D'une part, le tribunal correctionnel ne peut être saisi directement mais seulement sur une ordonnance de renvoi du juge d'instruction, c'est-à-dire que l'information est obligatoire. D'autre part, dans l'hypothèse où le juge d'instruction décide de recourir à une expertise, celle-ci a obligatoirement un caractère contradictoire.

Si les peines encourues en cas d'infraction aux dispositions de cet article sont relativement sévères (1), eu égard à la très large définition de l'infraction, en pratique les tribunaux répressifs mettent à profit la marge d'interprétation que leur laissent les formules assez floues de l'article 419 pour ne condamner que les seules ententes par les-

(1) Emprisonnement de deux mois à deux ans et amende de 7.200 F à 360.000 F.

quelles des industriels ou des commerçants ont en vue d'éliminer du marché des entreprises étrangères à leur groupement en pratiquant à leur égard des conditions discriminatoires.

b) L'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945.

Les dispositions relatives aux ententes illicites et aux positions dominantes ont été introduites dans l'ordonnance du 30 juin 1945 par le décret du 9 août 1953 et par l'ordonnance n° 67-835 du 28 septembre 1967.

Les règles de fond sont ainsi contenues dans les articles 59 *bis* et 59 *ter* de l'ordonnance n° 45-1483, tandis que les règles de procédure sont prévues par l'article 59 quater.

L'article 59 *bis* prohibe les ententes, sous quelque forme ou pour quelque cause que ce soit, si elles ont ou peuvent avoir pour résultat d'altérer le jeu de la concurrence, notamment « en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient, de vente ou de revente ; en 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 ».

Cet article prohibe également « 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 ».

Toutefois, selon l'article 59 *ter*, échappent aux dispositions de l'article 59 *bis* « les actions concertées, conventions ou ententes ainsi que les activités d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises occupant une position dominante :

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

— dans la mesure où les auteurs peuvent en justifier, lorsqu'elles ont pour effet d'assurer le développement du progrès économique, notamment par l'accroissement de la productivité ».

Au caractère général de l'article 59 *bis* viennent donc s'opposer les dérogations posées par l'article 59 *ter*. Celui-ci introduit une véritable excuse absolutoire supprimant le délit et non une simple excuse atténuante qui en diminuerait seulement la gravité.

Ainsi, il appartient à la Commission technique des ententes et des positions dominantes d'établir un véritable « bilan économique » des

ententes dont elle est saisie, afin de distinguer celles dont les effets sont bénéfiques de celles qui « freinent la production pour accroître les profits en stérilisant le progrès économique ». Il va de soi que, plus les restrictions de concurrence sont importantes, plus la Commission sera exigeante pour leurs justifications.

Selon l'article 59 *quater* de l'ordonnance n° 45-1483, le ministre chargé de l'Economie est la seule autorité habilitée à saisir la Commission des faits qui, après enquête administrative, lui paraissent susceptibles de constituer une infraction aux dispositions de l'article 59 *bis*. Toutefois, la Commission peut également se saisir d'office.

Une fois saisie, la Commission doit rechercher en premier lieu si les activités en cause tombent ou non sous le coup de l'article 59 *bis* ; dans l'affirmative, elle doit vérifier si ces activités ne peuvent pas se trouver justifiées par les dispositions de l'article 59 *ter*.

Au vu de l'avis de la Commission ou si celle-ci ne s'est pas prononcée dans le délai de six mois, ou encore en cas d'urgence, de récidive ou de flagrant délit, le Ministre peut transmettre le dossier au Parquet soit en vue de l'application des dispositions de l'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945 relative à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique, soit en vue de l'application de l'article 419 du Code pénal.

Par ailleurs, le ministre peut également offrir aux parties intéressées de souscrire un règlement amiable par lequel celles-ci s'engagent à apporter à leurs activités les modifications qu'il juge nécessaires. Cette offre devient caduque faute d'acceptation par l'ensemble des parties intéressées dans un délai fixé par le ministre, qui ne peut être inférieur à deux mois.

Enfin, le règlement amiable est réputé non avenu lorsqu'il est établi que les engagements souscrits n'ont pas été respectés.

2° *Les dispositions du projet de loi*

Le projet de loi que nous examinons cherche à rendre plus efficace la lutte contre les ententes et les abus de positions dominantes. Cependant, il ne modifie pas les dispositions de l'article 419 du Code pénal et se limite, essentiellement, à aménager un système de sanctions qu'il inclut dans l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945.

En effet, *le système de sanctions actuellement applicable souffre tout à la fois d'inadaptation et d'insuffisance*. Ainsi, la Commission technique des ententes et des positions dominantes, dans un de ses derniers rapports, a été amenée à constater que la rareté des poursuites pénales et la lenteur de la procédure ne constituaient pas un mécanisme

suffisamment dissuasif à l'égard des comportements illicites des entreprises :

— d'un côté, la transmission du dossier au Parquet ne permet pas une répression rapide et aboutit généralement à des peines trop légères par rapport aux profits illicites réalisés ;

— d'un autre côté, la procédure du règlement amiable s'est révélée, du fait de la difficulté de son contrôle par l'Administration, assez peu efficace.

Ces raisons ont amené le Gouvernement à proposer la transformation de la procédure du règlement amiable en une procédure d'amendes et d'injonctions administratives.

L'article 21 du projet de loi fixe les procédures suivant lesquelles ces sanctions peuvent être prononcées et détermine les plafonds que les amendes ne peuvent en aucun cas dépasser. Selon ces dispositions, le ministre chargé de l'Economie pourra infliger, par décision motivée et compte tenu de l'avis de la Commission, aux entreprises tombant sous le coup de l'article 59 *bis*, une amende administrative d'un montant maximum de 5.000.000 F ou de 10 % du chiffre d'affaires. Cependant, pour les ententes de moindre importance, ce même article prévoit une procédure allégée. Le ministre pourrait ainsi, après consultation du seul Président de la Commission, infliger une sanction pécuniaire n'excédant pas 100.000 F à chaque entreprise auteur de l'infraction. Toutefois, dans le cas où le Président de la Commission estimerait nécessaire la saisine de la Commission, la mise en œuvre de la procédure normale serait de droit.

Outre la création de ces amendes administratives qui frapperont, non plus les personnes physiques comme en matière pénale, mais les personnes morales, le projet de loi permettra, après avis de la Commission, au ministre chargé de l'Economie, en cas d'infraction aux dispositions relatives aux ententes, et conjointement avec le ministre dont relève le secteur économique intéressé, en cas d'infraction à celles relatives aux positions dominantes, d'enjoindre aux entreprises concernées de prendre toutes dispositions pour rétablir une situation de concurrence suffisante, ce qui peut, éventuellement, aller jusqu'au rétablissement de l'état de concurrence antérieur.

Par ailleurs, dans le souci de permettre aux tiers lésés par des pratiques anticoncurrentielles de faire valoir leurs droits, la Commission pourra être saisie, pour toute affaire concernant les intérêts dont elles ont la charge, par les collectivités territoriales, les organisations syndicales ou professionnelles et les organisations de consommateurs agréées. Rappelons que ce pouvoir n'appartient actuellement qu'au seul ministre chargé de l'Economie.

Enfin, on doit ajouter qu'en raison du renforcement des sanctions et des pouvoirs accrus reconnus au ministre et à la Commission de la concurrence, un certain nombre de dispositions visant à garantir les droits de la défense ont été insérés dans le présent projet de loi. Il en est ainsi, notamment, des dispositions tendant à renforcer le caractère contradictoire des diverses procédures et de celle prévoyant que les décisions ministérielles pourront faire l'objet d'un recours de plein contentieux devant le Conseil d'Etat qui sera, dès lors, compétent non seulement pour annuler ces décisions mais également pour les reformer.

EXAMEN DES ARTICLES

Article premier.

Observations de la Commission :

Cet article a pour objet d'instituer une Commission de la concurrence qui se substituerait à la Commission technique des ententes et des positions dominantes, avec une compétence et une autorité élargies.

Le texte du Gouvernement a connu *deux versions successives*. Le dispositif initial était le moins large, puisque la nouvelle Commission avait pour seule mission de donner au Gouvernement des avis en matière de contrôle de la concentration économique, de répression des ententes illicites et des abus de position dominante.

Dans le texte résultant de la lettre rectificative du 20 janvier 1977, la compétence de la Commission est étendue à la possibilité de donner, à la demande du Gouvernement, des avis sur toute question concernant la concurrence. Cette définition paraissait se suffire à elle-même. Néanmoins, le Gouvernement avait cru bon de préciser que, parmi ces questions, on trouverait notamment :

- « — les projets de lois ou de décrets de nature à affecter la liberté d'accès aux professions ou activités économiques ou la liberté d'exercice de ces professions ou activités ;
- « — les questions de principe relatives aux pratiques commerciales individuelles restrictives de la concurrence ;
- « — les règles et pratiques professionnelles qui font obstacle au libre jeu de la concurrence ».

Ni dans le texte initial, ni dans le texte rectifié, le nombre des membres de cette Commission n'est indiqué. Le Premier ministre, ministre de l'Economie et des Finances, avait cependant déclaré que le Gouvernement envisageait de nommer neuf membres à part entière, auxquels s'ajouteraient un certain nombre de membres de sections, comme nous le verrons plus loin.

Il était prévu que le président de la Commission serait nommé par décret en Conseil des ministres pour une durée de cinq ans. Cette durée aurait été réduite à trois ans pour les commissaires qui devraient être choisis, les uns parmi les membres du Conseil d'Etat et les magistrats de l'ordre administratif ou judiciaire, les autres en raison de leur compétence en matière économique, sociale ou de consommation.

En fixant une durée aux fonctions de président et de membre de la Commission de la concurrence, le Gouvernement a voulu garantir une certaine indépendance à cet organisme. En effet, il ne pouvait être mis fin à ces fonctions qu'en cas de faute au regard des règles du secret ou d'absentéisme caractérisé.

D'autre part, les commissaires seraient choisis, les uns parmi les membres du Conseil d'Etat et les magistrats de l'ordre administratif ou judiciaire, c'est-à-dire en raison de leur compétence en matière juridique ; les autres en raison de leur compétence en matière économique, sociale ou de consommation. Cette formule très générale ne lie guère le Gouvernement : il pourra désigner aussi bien un universitaire qu'un syndicaliste, un patron qu'un représentant des consommateurs, un patron de petite ou de grande entreprise industrielle ou commerciale.

Enfin, le projet de loi prévoit que les avis de la Commission seraient donnés en formation plénière ou en sections. Celles-ci, dont le nombre n'est pas précisé, comprendraient au moins trois membres de la Commission auxquels seraient adjointes deux personnes au plus, nommées par décret pour trois ans, sur proposition du Président. Ces personnes seraient choisies selon les mêmes critères de compétence juridique, économique, sociale ou de consommation que les membres de la Commission. On peut trouver étonnant qu'un même système de recrutement soit adopté pour les membres de la Commission et pour ceux des sections. En effet, cette identité d'origine ne correspondrait pas à une égalité de statut et de compétence.

Toutefois, l'idée de créer des sections spécialisées paraît bonne. En effet, la nouvelle Commission de la concurrence aura une compétence bien plus large que l'actuelle Commission des ententes. Les affaires qu'elle aura à examiner seront plus nombreuses mais d'importance variée. Il est donc utile que la Commission puisse démultiplier sa structure pour l'adapter au volume et à la nature de ses tâches.

L'Assemblée nationale a modifié cet article sur plusieurs points. Elle en a d'abord scindé le dispositif en trois articles, groupés sous un titre nouveau : « De la Commission de la concurrence ». Le premier article règle la création et les missions de la Commission ; le second sa composition ; le troisième les modalités de fonctionnement en sections.

Le nouvel article premier, qui institue la Commission et fixe ses compétences, résulte d'un amendement de nature rédactionnelle, qui n'a pas changé le fond. On a supprimé l'énumération de certaines questions concernant la concurrence, dont la Commission pourrait être saisie, considérant à juste titre qu'une énumération précédée de l'adverbe « notamment » est sans intérêt ni portée dans un dispositif normatif.

Votre Commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

Article premier bis (nouveau).

Observations de la Commission :

Cet article est la partie de l'article premier du projet initial consacrée à la composition de la Commission de la concurrence. Il comporte des modifications de fond par rapport au projet initial.

Le président serait nommé par décret simple et non plus par décret en Conseil des ministres. En réduisant l'importance juridique de l'acte, l'Assemblée nationale a entendu se conformer aux dispositions du quatrième alinéa de l'article 13 de la Constitution, qui prévoit qu'« une loi organique détermine les emplois auxquels il est pourvu en Conseil des Ministres », en dehors de ceux énumérés par le troisième alinéa du même article 13.

La durée du mandat du président a été portée de cinq à six ans par l'Assemblée nationale, cette prolongation ayant pour objectif de renforcer son indépendance.

Enfin, le président devrait obligatoirement être choisi parmi les membres du Conseil d'Etat et les magistrats de l'ordre administratif ou judiciaire, alors que, dans le texte initial, ce choix était à la discrétion du Gouvernement. Cette disposition limite les possibilités du choix, puisque dans le texte rectifié du projet de loi initial, aucune restriction ne figurait. En fait, c'est un retour à la première version du texte gouvernemental.

La Commission spéciale de l'Assemblée nationale avait proposé de fixer à quinze, en sus du président, le nombre des membres de la Commission. Elle considérait que la nomination de commissaires supplémentaires ne siégeant qu'en section n'était pas satisfaisante, car ceci aboutissait à la coexistence de commissaires ayant un statut et un rôle inégaux. Le Gouvernement était défavorable à ce texte, estimant que le caractère restreint de la Commission plénière éviterait la com-

plication et la prolongation de ses débats. Il proposait donc un texte transactionnel : on préciserait que le nombre des commissaires est de huit, mais on donnerait aux membres nommés dans les sections la possibilité de les suppléer. Ce compromis a été adopté.

Toujours avec le souci d'accroître l'indépendance des commissaires, l'Assemblée nationale a décidé de porter de trois à quatre ans la durée de leur mandat.

En outre, l'Assemblée nationale a ajouté des dispositions nouvelles. D'une part, elle a prévu que le mandat du président et des membres de la Commission serait renouvelable. Il semble que le Gouvernement envisageait, au moins pour le président, de ne renouveler son mandat qu'une fois.

L'Assemblée nationale a également précisé que la Commission serait assistée d'un rapporteur général et de rapporteurs et que les fonctions de président, de rapporteur général et de certains rapporteurs constituent des emplois à plein temps. Ces précisions n'apparaissent pas comme vraiment indispensables et l'on peut même s'interroger sur la nature législative de telles dispositions. Devant l'Assemblée nationale, Mme le Secrétaire d'Etat à la Consommation s'est engagée à faire inscrire au budget de 1978 trois postes à plein temps.

Votre commission des Affaires économiques a d'abord examiné la question du choix du président de la Commission de la concurrence. Etant donné que cette Commission doit se pencher sur des dossiers qui revêtent un aspect économique évident, il n'a pas semblé justifié d'écarter *a priori* de la présidence des personnalités ayant une compétence particulière sur ce plan. La Commission a donc décidé d'élargir les possibilités de choix du Gouvernement.

La Commission a également décidé que les mandats du président et des commissaires ne seraient renouvelables qu'une seule fois. Ainsi, la durée totale des fonctions du président ne pourrait excéder douze ans ; celle des commissaires huit ans. La Commission considère qu'au delà, le risque de voir les titulaires d'un emploi à temps complet ne plus avoir un contact suffisant avec les réalités économiques devient trop grand. En outre, il est sain qu'au bout de plusieurs années, un renouvellement des membres les plus anciens soit obligatoire.

Article premier ter (nouveau).

Observations de la Commission :

Ce nouvel article, qui résulte lui aussi de la scission de l'article premier initial, règle le fonctionnement de la Commission et prévoit l'existence de sections. La rédaction adoptée par l'Assemblée nationale résulte d'un amendement présenté par le Gouvernement.

Il est ainsi disposé que la Commission siègera en formation plénière ou en sections, celles-ci comprenant cinq membres et étant présidées par le Président de la Commission ou par un commissaire.

Chaque section, dont le nombre n'est pas précisé, comprendra au moins trois membres de la Commission, auxquels sont adjointes deux personnes au plus. Ces dernières seront nommées par décret, pour quatre ans au lieu de trois ans dans le projet initial, sur proposition du Président de la commission. Elles devront être choisies en fonction des mêmes critères d'origine et de compétence que les commissaires.

En outre, autre innovation de l'Assemblée nationale, ces membres de sections peuvent être appelés à suppléer les membres empêchés de la Commission, lorsque celle-ci siège en formation plénière.

Votre Commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

Article 2.

Observations de la Commission :

Cet article institue un contrôle de la concentration économique en France et définit les opérations qui y seront soumises. Le texte initial du Gouvernement prévoyait que « *sont soumis à contrôle* » les actes et conventions, quelle que soit leur forme, qui ont ou peuvent avoir les effets d'une concentration d'entreprises.

Le texte précisait que les concentrations qui seraient soumises à contrôle sont celles qui sont « *telles qu'une concurrence suffisante ne puisse s'exercer sur un marché* ».

Ce texte appelle plusieurs observations. La première concerne l'expression « *sont soumis à contrôle* », qui signifie que toute concentration peut faire l'objet d'un contrôle, du moment qu'il y a présomption que sa réalisation porte atteinte au caractère suffisant de la concurrence. Il paraît difficile de l'interpréter, malgré le caractère général de l'expression, comme entraînant un contrôle systématique de toute opération. Elle laisse à l'administration une marge d'appréciation et implique que les entreprises ne peuvent y échapper.

Quant à l'idée de « concurrence suffisante », elle est assez imprécise. Qu'entend-on par concurrence *suffisante* ? Les manuels élémentaires d'économie politique nous enseignent ce qu'est une concurrence parfaite. Mais une fois entré dans le champ de l'imparfait, à partir de quel degré d'imperfection peut-on dire qu'il y a insuffisance ? Naturellement, le choix d'un autre qualificatif s'avère malaisé et l'on doit considérer qu'en matière économique aucun ne serait plus satisfaisant.

L'Assemblée nationale a largement modifié la forme du dispositif proposé par le Gouvernement. Elle a, en effet, regroupé en un seul article 2, les dispositions figurant initialement sous les articles 2, 3 et 5. Nous analyserons donc ici l'ensemble des mesures ainsi rassemblées.

Les six premiers alinéas du texte adopté par l'Assemblée nationale reprennent ce qui était contenu dans les articles 2 et 3 du projet de loi sans en changer le fond.

A l'alinéa premier, l'Assemblée nationale a préféré dire que « *peut être soumis à contrôle tout acte, convention ou opération juridique ayant pour objet de réaliser une concentration d'entreprises ou qui est de nature à entraîner les mêmes effets qu'une concentration, dès lors qu'en conséquence une concurrence suffisante ne puisse plus s'exercer sur le marché* ».

L'Assemblée nationale a considéré qu'il fallait substituer la formule « *peut être soumis* » à celle de « *sont soumis* », cette dernière lui ayant paru trop impérative et risquant ainsi d'inciter ou même de contraindre l'Administration à intervenir systématiquement.

D'autre part, l'énumération « *tout acte ou convention* » lui ayant paru trop limitative, l'Assemblée nationale a ajouté la notion d'opération juridique, afin de couvrir tous les cas où il y a concentration ou risque de concentration.

De même, on a précisé que le contrôle pouvait s'appliquer non seulement lorsque l'acte, la convention ou l'opération juridique est de nature à entraîner les mêmes effets qu'une concentration, mais aussi lorsque ceux-ci ont directement pour objet de réaliser une concentration d'entreprises.

Enfin, si la notion de concurrence suffisante demeure inchangée, l'Assemblée nationale a préféré dire qu'elle s'exerce sur *le* marché plutôt que sur *un* marché.

Les trois alinéas suivants reprennent les dispositions de l'ancien article 3 relatives au champ d'application du contrôle, qui limitent celui-ci aux concentrations dépassant un certain seuil d'emprise sur le marché. Il s'agit essentiellement d'un remaniement rédactionnel qui ne modifie pas le fond profondément.

Pour déterminer le seuil d'emprise du marché national, on prend en compte le chiffre d'affaires réalisé *sur le marché national* par les entreprises concernées. En ajoutant la référence au marché national, l'Assemblée nationale a voulu éviter de pénaliser les entreprises exportatrices pour leur chiffre d'affaires hors de nos frontières. La période prise en compte est l'année civile ayant précédé la concentration.

Pour qu'il ait contrôle, il faudrait que le chiffre d'affaires réalisé excède :

- soit 40 % de la consommation nationale pour l'ensemble des entreprises concernées, s'il s'agit de biens, produits ou services de même nature ou substituables ;
- soit 25 % de cette consommation, pour deux au moins des contractants ou des groupes d'entreprises concernés et, pour chacun d'eux, s'il s'agit de biens ou de services de nature différente et non substituables.

La rédaction adoptée par l'Assemblée nationale pour déterminer le seuil à partir duquel il y a concentration, en dehors de modifications de forme, n'apporte qu'une précision de terminologie. En effet, le terme « entreprise » risquait de créer quelque ambiguïté dans le second cas de concentration (seuil à 25 %). Dans le premier cas, on envisage l'ensemble des entreprises concernées d'un secteur pour calculer le seuil de 40 % ; il n'est donc pas nécessaire de déterminer le lien juridique qui les unit. Par contre, pour le seuil à 25 %, on ne prend en compte que les deux entreprises les plus importantes. On peut ainsi concevoir le cas où deux groupements d'intérêt économique (G.I.E.) assurant chacun 25 % de la consommation nationale fusionnent. Comme un G.I.E. peut être constitué de plusieurs entreprises dont aucune n'atteint seule ce seuil de 25 %, il ne serait pas possible d'appliquer la législation sur le contrôle des concentrations. Afin d'éviter une telle situation, l'Assemblée nationale a substitué au mot « entreprises » ceux de « contractants ou de groupes d'entreprises ».

Enfin, l'Assemblée nationale a complété la définition des entreprises qui pourront être concernées par le contrôle des concentrations. Il ne s'agit plus seulement de celles qui ont été parties à l'acte, à la convention ou à l'opération juridique ou qui en sont l'objet, mais désormais aussi de celles qui sont économiquement liées aux entre-

prises comprises dans la concentration. En effet, le texte initial du Gouvernement était trop limitatif, puisqu'il ne visait pas les filiales et les maisons mères des entreprises concernées, ni les entreprises qui sont sous le contrôle des parties à l'acte ou des objets de l'acte ou qui contrôlent ces dernières, quelle que soit la nature du lien créant ce contrôle. La nouvelle rédaction de l'Assemblée nationale s'efforce donc de couvrir tous les cas de dépendance économique, sous quelque forme qu'ils existent.

L'Assemblée nationale a également modifié la forme de la définition de la consommation nationale. Celle-ci s'entend du montant total des ventes de biens et de services faites en France. Ici il semble nécessaire de préciser que l'année civile de référence est, soit celle précédant l'opération de concentration, soit celle précédant la déclaration du projet de concentration.

Enfin, le dernier alinéa est une reprise, avec des modifications, de l'article 5 initial. Il dispose qu'une opération de concentration ne peut donner lieu à l'une des mesures prévues à l'article 9 — il s'agit des injonctions et des prescriptions que l'Administration peut adresser aux entreprises concernées — si les atteintes à la concurrence qu'elle implique peuvent être en quelque sorte compensées par une contribution suffisante au progrès économique et social. A cette modification rédactionnelle de l'ancien article 5, l'Assemblée nationale a ajouté une disposition de fond nouvelle. Elle a précisé que, pour l'évaluation de cette contribution, il faudrait tenir compte de la compétitivité des entreprises concernées au regard de la concurrence internationale. Par cette adjonction, l'Assemblée nationale a entendu fixer à la Commission de la concurrence et à l'administration la mission d'apprécier la contribution au progrès économique et social à partir d'un examen non seulement de la situation du marché intérieur, mais encore des courants d'échanges avec l'étranger, de la situation des principales entreprises étrangères concurrentes, de leurs structures de production et de commercialisation, de leurs capacités de financement et de leur situation sur le marché français. Cette précision vise à souligner l'importance de l'impératif de l'amélioration de la compétitivité de notre économie.

Une fois de plus, apparaît dans le texte de cette loi le qualificatif « suffisante », appliqué cette fois à la contribution au progrès économique et social. On peut à nouveau s'interroger sur sa portée et souligner la marge d'appréciation que ce mot confère aux Pouvoirs publics.

Votre Commission vous propose une nouvelle rédaction du *premier alinéa* de cet article. Il s'agit d'abord d'en améliorer la rédaction. Ensuite, il lui a paru nécessaire de préciser que le critère d'une concurrence suffisante devrait être appréciée dans le cadre du seul marché national. En effet, les Pouvoirs publics ne disposent pas

de moyens d'information sur le degré de concurrence existant sur les marchés extérieurs ; d'ailleurs, ils n'ont pas davantage la possibilité d'agir sur le fonctionnement de ces marchés et d'y imposer quelque mesure que ce soit.

La Commission a longuement examiné la question des seuils de concentration à partir desquels il pourrait y avoir déclenchement de la procédure de contrôle prévue par la présente loi. Elle a estimé satisfaisante le seuil de 25 % prévu dans le cas de biens ou de services de nature différente et non substituables.

Par contre, en matière de concentration horizontale, elle a jugé le seuil de 40 % trop élevé. Considérant qu'en toute hypothèse, le contrôle demeurera une faculté laissée à la seule appréciation du ministre chargé de l'Economie, il lui a paru qu'un seuil de 35 % donnerait une portée plus efficace à la nouvelle institution. Le rôle de celle-ci est trop important pour qu'il soit limité à des cas limites. En effet, le seuil de 40 % n'aurait, en 1976, été applicable qu'à sept ou huit cas seulement, ce qui est extrêmement faible par rapport à l'ampleur du phénomène de concentration qui se développe en France.

Au *cinquième alinéa*, la Commission a jugé trop vague et trop extensif le critère, ajouté au texte du Gouvernement par l'Assemblée nationale, visant les entreprises « qui sont économiquement liées aux entreprises comprises dans la concentration ». Cette notion de simple lien économique semble pouvoir couvrir un trop grand nombre de cas, où il serait excessif de voir un indice de concentration. Elle vous propose donc de viser plutôt « les entreprises dont l'activité est économiquement déterminée par les entreprises comprises dans la concentration ».

La Commission vous demande également de compléter le *sixième alinéa* afin de préciser qu'en cas de notification d'un simple projet d'acte, de convention ou d'opération juridique, l'année civile de référence pour la consommation nationale à prendre en compte est celle précédant cette notification.

Enfin, la Commission vous propose une modification rédactionnelle au dernier alinéa de l'article 2.

Article 3.

Observations de la Commission :

L'Assemblée nationale a supprimé cet article, dont elle a repris les dispositions dans les alinéas 2, 3, 4, 5 et 6 du nouvel article 2.

En conséquence, votre Commission vous propose de maintenir cette suppression.

Article 4.

Observations de la Commission :

Cet article visait à donner une liste non limitative des opérations pouvant donner lieu à un contrôle. Cette énumération, qui commence par « notamment », a au mieux valeur d'exemple et le rôle du législateur n'est pas de donner des exemples, toujours particuliers, mais d'établir des règles générales.

A quoi sert, en effet, d'énumérer les actes ou des conventions qui attribuent des droits de propriété ou de jouissance sur une entreprise, le pouvoir d'administrer ou de diriger une entreprise, etc. On sait si bien qu'une telle liste ne peut pas ne pas être incomplète qu'on le reconnaît dès l'abord en la faisant précéder du mot « notamment ».

L'Assemblée nationale a judicieusement estimé que ce genre de texte n'avait pas sa place dans un dispositif législatif. Elle a donc supprimé l'article 4 et s'est efforcée, au cinquième alinéa de l'article 2, de donner une définition générale des entreprises qui seront concernées par la législation sur le contrôle des concentrations.

Votre Commission vous propose de maintenir la suppression de l'article 4.

Article 5.

Observations de la Commission :

Cet article a été supprimé par l'Assemblée nationale, qui en a repris les dispositions au dernier alinéa du nouvel article 2.

En conséquence, votre Commission vous propose de maintenir cette suppression.

Article 6.

Observations de la Commission :

Le projet du Gouvernement avait scindé en trois chapitres, portant les numéros II à IV, les dispositions relatives à la procédure de contrôle des concentrations. En fait, les deux systèmes de contrôle

prévus, l'un sur déclaration des entreprises, l'autre à l'initiative de l'administration, sont identiques dans une grande partie de leur déroulement. C'est pourquoi l'Assemblée nationale a fondu, en un chapitre unique, les dispositions contenues dans ces trois chapitres.

Le nouvel article 6, reprenant des dispositions des articles 6 et 11, commence par poser le principe que la notification au ministre de l'Economie des projets d'acte, convention ou opération juridique définis par l'article 2 est facultative. Il dépend donc des responsables des entreprises concernées d'une part d'apprécier si l'opération qu'ils envisagent entre dans le champ d'application de la loi ; d'autre part, de choisir s'ils déclarent ou non à l'administration la concentration réalisée ou projetée.

Lorsque la concentration est effectuée, les responsables peuvent encore, dans les trois mois suivant la conclusion de l'opération, notifier celle-ci.

En outre, ces notifications peuvent être assorties d'engagements de la part des entreprises concernées.

Ce n'est que dans le cas où aucune notification n'a été faite selon l'une ou l'autre de ces procédures qu'un contrôle sur l'opération réalisée peut être déclenchée à l'initiative des Pouvoirs publics. Sur ce point, l'Assemblée nationale a sensiblement modifié les dispositions proposées par le Gouvernement. Celui-ci prévoyait que ce contrôle ne pourrait être engagé que par le ministre chargé de l'Economie, soit de sa propre initiative, soit à la demande du ministre dont relève le secteur économique concerné.

La Commission spéciale de l'Assemblée nationale avait estimé, suivant en cela les conclusions de M. Foyer, qu'il importait de ne pas permettre à l'administration d'engager en toute liberté ce que l'on peut considérer comme une procédure inquisitoriale. Elle proposait donc que, faute de notification, ce soit le président de la Commission de la concurrence qui, d'office ou sur la requête du ministre de l'Economie, fasse rechercher si les opérations de concentration réalisées entrent dans le champ d'application de la loi. Ce système revenait donc à réserver au seul président de la Commission de la concurrence l'initiative de la procédure de contrôle à posteriori.

Le Gouvernement proposa de sous-amender ce dispositif, en vue de redonner au ministre chargé de l'Economie un plein pouvoir d'initiative en matière d'engagement de la procédure de contrôle. Il est, en effet, apparu difficile que le pouvoir hiérarchique du ministre sur sa propre administration soit limité à ce point. En effet, c'est la Direction générale de la concurrence et des prix qui effectuera les recherches et il serait extraordinaire que le ministre doive présenter une requête

au président de la Commission de la concurrence pour que l'un des services de son ministère engage une enquête sur une opération de concentration.

L'Assemblée nationale ayant voté le sous-amendement du Gouvernement, c'est finalement un texte de compromis qui a été adopté.

En l'absence de notification volontaire par les entreprises, deux autorités peuvent déclencher l'enquête.

D'une part, le président de la Commission de la concurrence, agissant d'office, peut toujours faire rechercher si des actes, conventions ou opérations juridiques entrant dans le champ d'application de la loi ont été passés ou conclus par des entreprises. Ce droit d'initiative donné au président représente une amélioration importante du texte du Gouvernement qui le réservait au seul ministre chargé de l'Economie. Cette disposition contribuera heureusement à renforcer encore l'autorité de la Commission de la concurrence et de son président, d'autant plus qu'aucune limite n'est fixée à ce droit d'initiative, qui a un caractère tout à fait général.

Les conclusions de l'enquête conduite par la Direction générale de la concurrence et des prix sont ensuite communiquées au président de la Commission de la concurrence, ainsi que les documents qui ont servi à étayer ces conclusions.

La deuxième procédure d'enquête peut être engagée par le ministre chargé de l'Economie. Dans ce cas, il est tenu d'en informer le président de la Commission de la concurrence et de lui communiquer les résultats.

Cette seconde procédure appelle deux observations. La première résulte d'une lecture de l'article 11 du projet initial du Gouvernement, instituant le contrôle à l'initiative de l'Administration. Il était prévu que le ministre de l'Economie pouvait soumettre une opération de concentration à la Commission de la concurrence, soit de sa propre initiative, soit à la demande du ministre dont relève le secteur économique concerné. Etant donné la complexité et la diversité des structures et des activités des entreprises, il conviendrait de donner à ces ministres la possibilité de demander à leur collègue chargé de l'Economie d'ouvrir une enquête sur une opération réalisée dans le secteur relevant de leur Ministère et qui leur semble entrer dans le champ d'application de la loi.

D'autre part, on remarque que le président de la Commission de la concurrence, lorsqu'il agit d'office, se voit communiquer non seulement les résultats de l'enquête conduite par l'Administration, mais aussi les documents ayant servi à étayer ces conclusions. Au contraire, lorsque les recherches sont engagées à l'initiative du ministre chargé de l'Economie, le Président de la Commission est simplement

informé de ces recherches et il reçoit communication des seuls résultats. Cette réduction de ses moyens d'information n'est pas justifiée. La Commission de la concurrence doit avoir, déclare le Gouvernement, une large indépendance et une grande autorité en matière de contrôle des concentrations économiques. Si l'on admet que son président ne soit pas le seul à disposer du droit d'initiative des enquêtes dans ce domaine, il apparaît, par contre, indispensable qu'il soit pleinement informé de toutes les données des enquêtes effectuées, même lorsque celles-ci résultent d'une initiative du ministre de l'Economie. S'il en était autrement, l'information de la Commission resterait incomplète et il en résulterait une atteinte certaine à son autorité.

Votre Commission vous propose deux modifications rédactionnelles au premier et au deuxième alinéa de l'article.

D'autre part, elle vous propose de modifier le *troisième alinéa* en vue d'améliorer les conditions dans lesquelles une procédure d'enquête peut être engagée par le ministre chargé de l'Economie sur une opération de concentration.

Il s'agit d'abord de préciser que si ces recherches sont engagées par le ministre chargé de l'Economie, ce peut être, soit à l'initiative de celui-ci, soit à la demande du Ministre dont relève le secteur intéressé. Il semble, en effet, nécessaire que ce dernier, qui a en quelque sorte la « tutelle » d'un secteur économique puisse provoquer le déclenchement d'une enquête.

D'autre part, afin d'assurer à la Commission de la concurrence une information aussi rapide et complète que possible, votre Commission prévoit que le ministre chargé de l'Economie doit informer aussitôt le Président de la Commission de l'engagement des recherches. En outre, comme dans le cas où l'enquête est déclenchée à l'initiative du président, l'Administration devra lui communiquer non pas les seuls *résultats* de l'enquête, mais ses conclusions et les documents servant à étayer celles-ci.

Article 7.

Observations de la Commission :

Cet article reprend les dispositions des articles 7 et 11 du projet initial, ainsi qu'une disposition du deuxième alinéa de l'article 6.

L'Assemblée nationale a estimé préférable de fusionner les articles 7 et 11, qui instituaient deux procédures de contrôle au déroulement identique. La seule différence résidait dans le fait que les opé-

rations visées à l'article 7 étaient celles qui avaient fait l'objet d'une déclaration, tandis que celles de l'article 11 n'avaient pas été déclarées et étaient contrôlées à l'initiative de l'Administration.

Le premier alinéa du nouvel article 7 fusionne ces deux dispositions en une seule, sans modifier le fond. Le ministre chargé de l'Economie peut donc, à sa seule initiative ou à la demande du Ministre dont relève le secteur intéressé, soumettre à la Commission de la concurrence tout acte, convention ou opération juridique répondant à la définition de l'article 2. Cette saisine peut se faire aussi bien si l'affaire a fait l'objet d'une déclaration que si elle n'en a pas fait l'objet.

A la suite de cette saisine, la Commission doit donner un avis sur l'opération en cause et proposer des mesures. Cet avis est le préalable indispensable à des injonctions ou à des prescriptions adressées par le ministre chargé de l'Economie aux entreprises concernées.

Les deux alinéas suivants précisent les conditions de délai de cette saisine.

S'il y a eu notification, le Ministre ne peut saisir la Commission de la concurrence après l'expiration du délai de trois mois suivant cette notification. Toutefois, ce délai ne s'applique pas si les entreprises concernées n'ont pas exécuté les engagements dont elles avaient assorti leur notification (cas prévu à la dernière phrase du premier alinéa de l'article 6).

Il semble qu'il convient également de préciser ici que l'expiration du délai de trois mois suivant la notification ne joue pas lorsque les entreprises concernées n'ont pas respecté les prescriptions et les injonctions du Ministre dont leur notification a pu être suivie.

S'il n'y a pas eu notification, la saisine ne peut avoir lieu avant l'expiration du délai de trois mois à compter de la conclusion de l'acte, de la convention ou de l'opération juridique aboutissant à une concentration. Ceci est une conséquence logique de la disposition figurant au premier alinéa de l'article 6, selon laquelle, pendant ces trois mois, les entreprises peuvent notifier l'opération de concentration.

Votre Commission vous propose d'apporter une précision rédactionnelle à la fin du deuxième alinéa de cet article, afin de souligner que toutes les notifications de concentration ne seront pas nécessairement assorties d'engagements.

Article 8.

Observations de la Commission :

Cet article règle les conditions dans lesquelles la Commission de la concurrence examine les cas qui lui sont soumis par le ministre de l'Economie. Il regroupe les dispositions figurant initialement aux articles 8 et 12.

Cet examen a naturellement pour objet premier d'apprécier, au regard de la législation sur la concentration d'entreprises, l'affaire soumise à la Commission. Le texte précise que l'examen doit vérifier si les atteintes à la concurrence impliquées par l'opération sont justifiées par une contribution suffisante au progrès économique et social et tenir compte, pour l'évaluation de cette contribution, de la compétitivité des entreprises concernées au regard de la concurrence internationale (dernier alinéa de l'article 2). L'examen de la Commission ne doit donc pas se borner à apprécier l'opération du seul point de vue de la concentration économique, mais à la lumière d'un bilan prenant en compte des considérations plus générales non seulement dans le domaine économique (par exemple, s'il y a eu restructuration nécessaire), mais dans le domaine social et dans celui de la concurrence internationale.

L'avis de la Commission de la concurrence indique, le cas échéant, les mesures qu'il y a lieu de prendre, en fonction du cas d'espèce et des considérations générales qui précèdent.

Le second alinéa de l'article 8 précise que les rapports au vu desquels la Commission est appelée à se prononcer, ainsi que les éléments d'information et les documents ou leurs extraits sur lesquels se fonde le Rapporteur, sont communiqués aux parties intéressées. Celles-ci ont la possibilité de produire leurs observations dans le cours de la procédure, selon des modalités fixées par décret.

La Commission spéciale de l'Assemblée nationale avait proposé que les rapports et toutes *les pièces* au vu desquels la Commission est appelée à se prononcer soient communiqués aux parties. Le Gouvernement a préféré la formule : « les éléments d'information et les documents ou leurs extraits sur lesquels se fonde le Rapporteur », qui lui paraît moins contraignante et limiter les risques excessifs d'annulation d'une décision pour vice de procédure. L'Assemblée nationale a finalement adopté cette façon de voir.

Le problème qui est posé ici est celui de la sauvegarde des droits de la défense, qui doit pouvoir présenter ses observations sur tous les éléments servant à fonder les propositions du Rapporteur et les décisions de la Commission. A cet égard, le texte adopté par l'Assemblée nationale est satisfaisant. A dire vrai, on ne voit même pas en quoi il est moins contraignant — comme l'affirme le Gouvernement — que le texte proposé par la Commission spéciale. En effet, on ne saisit pas en quoi la formule du Gouvernement serait plus restrictive. Au contraire, elle nous paraît plutôt plus large. En tout cas, le texte adopté sauvegarde bien les droits de la défense et c'est le but recherché.

Toutefois, il paraît utile d'améliorer la rédaction de la fin de l'alinéa et, surtout, de préciser que les modalités de communication aux parties et de présentation des observations de ces dernières sont réglées non par un simple décret, mais par un décret en Conseil d'Etat.

La Commission vous propose d'apporter des améliorations rédactionnelles au premier alinéa de cet article.

D'autre part, il convient de préciser que les conditions dans lesquelles les parties en cause recevront communication du dossier et pourront présenter leurs observations seront fixées par le décret en Conseil d'Etat prévu à l'article 24.

Article 9.

Observations de la Commission :

Cet article, qui regroupe les dispositions contenues aux anciens articles 9, 10 et 13 du projet initial, définit les pouvoirs d'injonction et de prescription détenus conjointement par le ministre chargé de l'Economie et par le ou les Ministres dont relèvent les secteurs économiques concernés.

Le premier alinéa de cet article règle la procédure des injonctions que le ou les Ministres peuvent, par arrêté motivé, adresser aux entreprises. Il peut s'agir de leur enjoindre, soit de modifier ou de compléter l'acte, la convention ou l'opération juridique ou de ne pas donner suite au projet, soit de rétablir la situation de droit antérieure, soit de prendre toute mesure propre à assurer ou à établir une concurrence suffisante, dans un délai déterminé.

On remarquera que le pouvoir des Ministres est loin d'être discrétionnaire. En effet, leurs injonctions doivent se situer *dans les limites* de l'avis de la Commission de la concurrence. Cette obligation

est évidemment capitale. Elle fonde l'importance de la Commission et lui donne un rôle prédominant. Le Ministre ne peut donc aller au-delà des propositions de la Commission. Sa liberté de décision peut seulement consister soit à ne pas suivre l'avis, soit à ne le suivre que partiellement.

Les Ministres peuvent également subordonner l'entrée ou le maintien en vigueur de l'acte, de la convention ou de l'opération juridique, à l'observation des prescriptions de nature à apporter au progrès économique et social une contribution suffisante pour justifier les atteintes à la concurrence.

L'Assemblée nationale, sur proposition de sa Commission spéciale, a décidé que les Ministres devraient faire ces prescriptions « *dans les mêmes conditions* » que celles prévues à l'alinéa précédent pour les injonctions. Le texte proposé par le Gouvernement disposait seulement que ces prescriptions seraient prises « *au vu de l'avis de la Commission de la concurrence* ». Cette formule visait, comme l'a indiqué le secrétaire d'Etat à la Consommation, à ne pas lier les Ministres lorsqu'ils fixent seulement des prescriptions. Par contre l'Assemblée nationale, en parlant des mêmes conditions, a voulu que les ministres « soient liés par l'avis de la Commission de la concurrence et ne puissent aller au-delà », comme ils le sont lorsqu'ils font une injonction. L'intention de l'Assemblée nationale est bonne, en ce sens que les prescriptions peuvent porter sur des points aussi importants que les injonctions.

D'autre part, lorsqu'un acte, une convention ou une opération juridique a été notifié, aucune injonction ou prescription ne peut intervenir après l'expiration d'un délai de huit mois à compter de la réception de la notification. Toutefois, cette interdiction tombe, naturellement, si les entreprises n'ont pas exécuté les engagements qu'elles avaient présentés volontairement à l'appui de leur notification ou les injonctions et les prescriptions des Ministres.

Enfin, il est précisé que les injonctions et les prescriptions ne peuvent être décidées qu'après que les entreprises concernées ont été mises à même de présenter leurs observations.

La Commission vous propose une nouvelle rédaction du premier alinéa, qui lui semble être moins touffue que celle du texte adopté par l'Assemblée nationale et qui permet également quelques rectifications de formulation.

Au début du deuxième alinéa, il s'agit également d'une amélioration rédactionnelle.

Enfin, au dernier alinéa, elle vous demande de reprendre la rédaction initialement présentée par le Gouvernement, qui lui paraît meilleure.

Article 10.

Observations de la Commission :

Cet article a été supprimé par l'Assemblée nationale, qui en a repris les dispositions aux articles 7 et 9.

En conséquence, votre Commission vous demande de maintenir cette suppression.

Article 10 bis (nouveau).

Observations de la Commission :

L'Assemblée nationale a ajouté cette disposition, afin de souligner que la compétence de la Commission de la concurrence peut également porter sur les entreprises qui, par croissance interne, finissent par réaliser un chiffre d'affaires excédant les parts de marchés définies à l'article 2. Rappelons qu'il s'agit de 40 % de la consommation nationale pour les biens, produits ou services de même nature ou substituables ; de 25 % de cette consommation en cas de biens ou services différents et non substituables.

Cette disposition permet de procéder à un examen de la situation des entreprises concernées, mais elle risque de jeter l'inquiétude auprès des entreprises en expansion et de porter atteinte à leur dynamisme, alors que la création d'emplois est plus que jamais nécessaire.

Après mûre réflexion, la Commission s'est prononcée pour la suppression de l'article d'autant plus que, si l'entreprise vient à commettre des abus de position dominante, elle peut être poursuivie en vertu des dispositions du présent projet de loi.

Article 11.

Observations de la Commission :

L'Assemblée nationale a supprimé ce texte, dont elle a repris les dispositions à l'article 7.

En conséquence, votre Commission vous propose d'en maintenir la suppression.

Article 12.

Observations de la Commission :

L'Assemblée nationale a supprimé ce texte, dont elle a repris les dispositions à l'article 8.

La Commission vous propose d'en maintenir la suppression.

Article 13.

Observations de la Commission :

L'Assemblée nationale a supprimé ce texte, dont elle a repris les dispositions à l'article 9.

La Commission vous propose d'en maintenir la suppression.

Article 14.

Observations de la Commission :

L'Assemblée nationale a supprimé ce texte, dont elle a repris les dispositions à l'article 16 *bis* (nouveau).

La Commission vous propose d'en maintenir la suppression.

Article 15.

Observations de la Commission :

Cet article regroupe les dispositions figurant initialement aux articles 15 et 16.

Afin d'éviter toute incertitude, il est d'abord disposé que les injonctions et les prescriptions prononcées en application de l'article 9 ont un caractère obligatoire et que, par conséquent, elles

s'imposent quelles que soient les stipulations dont les parties sont convenues dans l'acte, la convention ou l'opération juridique ayant pour objet ou pour effet une concentration économique.

D'autre part, si les injonctions ou les prescriptions faites par les Ministres ne sont pas respectées, ceux-ci peuvent, pour ce motif, prononcer une sanction pécuniaire. Le montant de celle-ci est fixé après consultation de la Commission de la concurrence, dans les conditions et les limites prévues aux articles 52, 53, 54, 56 et 57 de l'ordonnance de 1945 relative au prix. Cette sanction est donc prononcée dans les mêmes conditions qu'en matière d'ententes illicites et d'abus de position dominante (voir pour plus de détails sur les modalités en question, les commentaires ci-après sur les articles 20 et 21 du projet de loi).

Votre Commission vous propose de supprimer la référence à l'article 52 de l'ordonnance de 1945. En effet, cet article est relatif à la procédure à mettre en œuvre pour appliquer les sanctions administratives — qui comprennent d'ailleurs également des injonctions spécifiques — et pour, éventuellement, transmettre le dossier au parquet. Or l'article 15 a pour objet de prononcer des sanctions pécuniaires dans le cas où des entreprises concernées par une opération de concentration n'ont pas exécuté les injonctions et prescriptions édictées par le Ministre à propos de cette concentration. Il n'y a donc pas lieu de recommencer une procédure complète, alors qu'il s'agit simplement de sanctionner la non-exécution des décisions finales prises à l'issue d'une autre procédure.

Article 16.

Observations de la Commission :

L'Assemblée nationale a supprimé cet article, dont elle a repris les dispositions à l'article 15.

La Commission vous propose d'en maintenir la suppression.

Article 16 bis (nouveau).

Observations de la Commission :

Cet article reprend les dispositions de l'article 14, modifiées sur deux points.

Les agents énumérés à l'article 13 de l'ordonnance de 1945 relative aux prix sont les fonctionnaires d'un certain grade appartenant à la Direction générale de la concurrence et des prix.

Ces fonctionnaires ont des pouvoirs étendus puisqu'ils peuvent, sur présentation de leur commission :

1° demander communication à toutes entreprises commerciales, industrielles ou artisanales, à toutes sociétés coopératives, à toutes exploitations agricoles ainsi qu'à tous organismes professionnels, des documents qu'ils détiennent, relatifs à leur activité ;

2° demander toutes justifications des prix pratiqués ainsi que la décomposition de ces prix en leurs différents éléments ;

3° procéder à toutes visites d'établissements industriels, commerciaux, agricoles, artisanaux ou coopératifs ;

4° exiger copie des documents qu'ils estiment nécessaires pour l'accomplissement de leur mission.

On peut s'interroger pour savoir si de tels pouvoirs ne sont pas excessifs. En effet, ils ont été prévus pour enquêter sur les conditions d'établissement des prix. Lors de la publication de l'ordonnance, en 1945, cette question était brûlante et la recherche des infractions devait être rapide et efficace. Il n'est pas sûr que le problème de la structure des entreprises présente le même caractère. En tout cas, il est plus complexe puisqu'il touche à la concurrence, au droit des affaires, au progrès économique et social, à la compétitivité internationale des entreprises, etc.

C'est pourquoi l'Assemblée nationale a voulu souligner que ces agents ne sont habilités à conduire les enquêtes sur les opérations de concentration que lorsque ces enquêtes sont ordonnées par le président de la Commission de la concurrence ou par le ministre chargé de l'Economie, dans le cadre des dispositions de l'article 6 du projet de loi ou dans celui des affaires dont la Commission de la concurrence est préalablement saisie.

L'article 16 *bis* nouveau précise également que les rapporteurs de la Commission de la concurrence disposent des mêmes pouvoirs que les fonctionnaires mentionnés plus haut et sont astreints, en matière de secret, aux mêmes règles.

La Commission vous propose un amendement visant à rectifier une erreur de référence aux dispositions de l'article 6.

TITRE II

**DISPOSITIONS DE L'ORDONNANCE N° 45-1483
DU 30 JUIN 1945 RELATIVES AU MAINTIEN DE LA LIBRE CONCURRENCE :
MODIFICATION DES ARTICLES 59 BIS, 59 TER, ET 59 QUATER (1)**

(Il est apparu utile, en plus du tableau comparatif habituel d'établir un tableau comparatif spécial des articles 59 bis, 59 ter et 59 quater de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 en raison de la présentation du projet de loi.)

Texte en vigueur	Texte résultant des articles 17, 19 et 20 du projet de loi n° 2388, lettre rectificative n° 2754	Texte adopté par l'Assemblée nationale	Texte résultant des propositions de la Commission
<p>LIVRE III. — SECTION IV :</p> <p>« Maintien de la libre concurrence. »</p> <p>(Art. 59 bis, 59 ter et 59 quater de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix.)</p>	<p>LIVRE III. — SECTION III :</p> <p>« Maintien de la libre concurrence. »</p> <p>(Art. 50, 51 et 52 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix.)</p>	<p>LIVRE III. — SECTION III</p> <p>Sans modification.</p>	<p>LIVRE III. — SECTION III</p> <p>Sans modification.</p>
<p>Art. 59 bis.</p>	<p>Art. 50.</p>	<p>Art. 50.</p>	<p>Art. 50.</p>
<p>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 :</p> <ul style="list-style-type: none"> — en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient, de vente ou de revente ; — en 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 ; 	<p>(Art. 17 et 19 du projet.)</p> <p>(Alinéa sans modification.)</p> <p>(Alinéa sans modification.)</p> <p>(Alinéa sans modification.)</p> <p>(Alinéa sans modification.)</p>	<p>Sans modification.</p>	<p>Sans modification.</p>

(1) A la suite de ces articles, l'article 21 du projet ajoute sept articles nouveaux (voir tableau comparatif).

Texte en vigueur

**Texte résultant
des articles 17, 19 et 20
du projet de loi n° 2388,
lettre rectificative n° 2754**

**Texte adopté
par l'Assemblée nationale**

**Texte résultant
des propositions
de la Commission**

sont prohibées sous réserve des dispositions de l'article suivant.

Ces prohibitions s'appliquent à tous les biens, produits ou services nonobstant toutes dispositions contraires.

Tout engagement ou convention se rapportant à une pratique ainsi prohibée est nul de plein droit.

Cette nullité peut être invoquée par les parties et par les tiers, elle ne peut être opposée aux tiers par les parties ; elle est éventuellement constatée par les tribunaux de droit commun à qui l'avis de la Commission, s'il en est intervenu un, doit être communiqué.

Sont prohibées dans les mêmes conditions 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.

Art. 59 *ter*.

Ne sont pas visées par les dispositions de l'article précèdent les actions concertées, conventions ou ententes ainsi que les activités d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises occupant une position dominante :

(Alinéa sans modification.)

(Alinéa sans modification.)

Cette nullité...

...elle est éventuellement constatée par les tribunaux de droit commun à qui l'avis de la Commission de la concurrence, s'il en est intervenu un, doit être communiqué.

Sont prohibées...

... occupant sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci une position dominante...

... marché.

Art. 51.

Sans modification.

Art. 51.

Sans modification.

Art. 51.

Sans modification.

Texte en vigueur

Texte résultant
des articles 17, 19 et 20
du projet de loi n° 2388,
lettre rectificative n° 2754

Texte adopté
par l'Assemblée nationale

Texte résultant
des propositions
de la Commission

1° Lorsqu'elles résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire. Les textes de forme réglementaire intervenus avant le 31 octobre 1967 cesseront de pouvoir être invoqués à compter du 1^{er} janvier 1969 ;

2° Dans la mesure où leurs auteurs peuvent en justifier lorsqu'elles ont pour effet d'assurer le développement du progrès économique, notamment par l'accroissement de la productivité.

Art. 59 *quater*.

Par dérogation aux articles 5 et 19 à 33 inclus de l'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945, les infractions aux dispositions concernant les ententes et les positions dominantes assimilées à la pratique de prix illicites ne peuvent être constatées et poursuivies que dans les conditions prévues au présent article.

Le Ministre chargé de l'Economie et des Finances saisit la Commission technique des ententes et des positions dominantes des faits qui lui paraissent susceptibles de constituer lesdites infractions et qui ont été consignés dans les rapports établis par les agents visés à l'article 6 de l'ordonnance n° 45-1484 précitée qui disposent à cette fin des pouvoirs d'investigation prévus au Livre II de ladite ordonnance, soit éventuellement constatés par voie de procès-verbal dans les conditions prévues au même Livre.

Art. 52.

(Art. 20 du projet et lettre rectificative.)

(Alinéa sans modification.)

Le Ministre...

...la Commission de la concurrence des faits qui lui paraissent susceptibles...

...même Livre.

Art. 52.

(Alinéa sans modification.)

(Alinéa sans modification.)

Art. 52.

(Alinéa sans modification.)

(Alinéa sans modification.)

Texte en vigueur

La Commission technique est chargée d'examiner si les pratiques qui lui sont soumises sont prohibées ou peuvent se trouver justifiées par les dispositions de l'article précédent.

La Commission technique des ententes et des positions dominantes peut se saisir d'office.

Ses rapporteurs disposent des pouvoirs d'investigation prévus au Livre II de l'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945. Leurs rapports sont communiqués aux parties intéressées qui sont mises en mesure de présenter leurs observations aux rapporteurs.

Texte résultant des articles 17, 19 et 20 du projet de loi n° 2388, lettre rectificative n° 2754

La Commission de la concurrence est chargée d'examiner...

...
précédent.

La Commission de la concurrence peut se saisir d'office. Elle peut également être saisie pour toute affaire qui concerne les intérêts dont elles ont la charge par les collectivités territoriales, les organisations professionnelles ou syndicales et les organisations de consommateurs agréées conformément aux dispositions de l'article 46 de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973.

Ses rapporteurs disposent des pouvoirs d'investigation prévus au Livre II de l'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945. Leurs rapports doivent contenir l'exposé des faits et des griefs relevés à la charge des entreprises ainsi que les éléments d'information et les documents ou leurs extraits sur lesquels se fonde le rapporteur. Ils sont communiqués aux par-

Texte adopté par l'Assemblée nationale

(Alinéa sans modification.)

La Commission...

... de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973. Dans ce dernier cas la Commission entend, si elle le juge utile, l'auteur de la saisine. Si elle estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 50 ou qu'ils ne sont pas suffisamment probants, elle peut décider qu'il n'y a pas lieu, en l'état, de mettre en œuvre la procédure d'instruction prévue au présent article. Cette décision de la Commission est notifiée à l'auteur de la saisine qui peut en demander l'annulation pour excès de pouvoir devant la juridiction administrative.

(Alinéa sans modification.)

Texte résultant des propositions de la Commission

(Alinéa sans modification.)

La Commission...

...elle peut conclure, par décision motivée, qu'il n'y a pas...

... administrative.

(Alinéa sans modification.)

Texte en vigueur	Texte résultant des articles 17, 19 et 20 du projet de loi n° 2388, lettre rectificative n° 2754	Texte adopté par l'Assemblée nationale	Texte résultant des propositions de la Commission
<p>Au vu de l'avis de la Commission technique ou si la Commission ne s'est pas prononcée dans le délai de six mois à compter du jour où elle a été saisie ou en cas d'urgence, de récidive ou de flagrant délit, le Ministre peut transmettre le dossier au parquet soit en vue de l'application des dispositions de l'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945 relative à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique, soit en vue de l'application de l'article 419 du Code pénal.</p>	<p>ties intéressées qui sont mises en mesure de présenter leurs observations.</p>	<p>(Alinéa sans modification.)</p>	<p>(Alinéa sans modification.)</p>
<p>Le Ministre peut également offrir aux parties intéressées de souscrire un règlement amiable par lequel celles-ci s'engagent à apporter à leurs activités les modifications qu'il juge nécessaires. Cette offre peut être assortie de délais et de conditions. Elle devient caduque faute d'acceptation par l'ensemble des parties intéressées dans un délai, fixé par le Ministre, qui ne peut être inférieur à deux mois.</p>	<p>(Alinéa sans modification.)</p>	<p>Au vu de l'avis de la Commission de la concurrence ou si la Commission...</p>	<p>(Alinéa sans modification.)</p>
<p>Le règlement amiable est réputé non avenu lorsqu'il est établi que les engage-</p>	<p>Alinéa supprimé.</p>	<p>... Code pénal.</p>	<p>Maintien de la suppression.</p>
	<p>(Art. 17 d, du projet.)</p>	<p>Maintien de la suppression.</p>	
	<p>Alinéa supprimé.</p>	<p>Maintien de la suppression.</p>	<p>Maintien de la suppression.</p>
	<p>(Art. 17 d, du projet.)</p>		

Texte en vigueur	Texte résultant des articles 17, 19 et 20 du projet de loi n° 2388, lettre rectificative n° 2754	Texte adopté par l'Assemblée nationale	Texte résultant des propositions de la Commission
ments souscrits n'ont pas été observés. Notification en est faite par le Ministre à toutes les parties intéressées.			

Article 17.

Observations de la Commission :

Cet article vise, d'une part, à remettre en forme certaines dispositions de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 et, d'autre part, à modifier la procédure applicable aux infractions aux dispositions concernant les ententes et les positions dominantes assimilées à la pratique de prix illicites.

En ce qui concerne les modifications de forme apportées à l'ordonnance relative aux prix, la section III qui comprenait les articles 50 à 59 ayant été abrogée par l'ordonnance n° 67-835 du 28 septembre 1967, les alinéas a) et b) du présent article lui substituent l'actuelle section IV, intitulée : « Maintien de la libre concurrence », qui devient la section III ; les articles 59 *bis*, 59 *ter* et 59 *quater* devenant respectivement les articles 50, 51 et 52. Quant à l'alinéa c), prenant en compte ces modifications de forme, il en assure la coordination avec les dispositions de l'article 37-3°.

Il faut noter, pour la clarté du débat sur les articles suivants, que dans le texte du présent projet, ces nouvelles références sont naturellement les seules utilisées.

S'agissant des modifications de fond, l'alinéa d), en abrogeant les deux derniers alinéas du nouvel article 52, supprime la procédure de règlement amiable applicable aux infractions aux dispositions concernant les ententes et les positions dominantes.

Cette procédure, qui n'avait pratiquement jamais été utilisée, ne permettait, en fait, que difficilement d'atteindre l'objectif essentiel de modifications des comportements anticoncurrentiels. La nullité dont sont entachés les engagements et les conventions se rapportant à une

pratique prohibée par l'article 50 ne laissait, il est vrai, que peu de place à la négociation. De plus, lorsque le Ministre choisissait la procédure du règlement amiable, celle-ci n'était assortie d'aucune sanction pécuniaire et le contrôle du respect des engagements s'avérait toujours extrêmement difficile. En revanche, la mise en œuvre de l'action publique par la transmission du dossier au parquet peut aboutir à des peines inadaptées au regard de l'effet recherché, en particulier, parce que touchant les personnes physiques, elles ne s'appliquent pas directement aux entreprises. Aussi, dans un souci d'efficacité, s'inspirant du droit communautaire, il est proposé dans les articles suivants de substituer au règlement amiable une procédure d'injonction qui, en cas de non-respect, serait sanctionnée précuniairement.

Votre Commission est d'avis d'adopter cet article sans modification.

Article 18.

Observations de la Commission :

Les infractions visées à l'article 59 *bis* de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 (nouvel art. 50) sont actuellement assimilées, en matière de sanction, à des pratiques de prix illicites et, comme telles, punies d'une peine d'emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de 60 à 200.000 F, ou de l'une de ces deux peines seulement.

Les dispositions de l'article 18 visent à renforcer ces sanctions pénales. Désormais, les actions concertées tendant à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence seront assimilées aux infractions qualifiées de marché noir et punies, ainsi, d'une peine d'emprisonnement de quatre mois à quatre ans et d'une amende de 120 F à 400.000 F, ou de l'une de ces deux peines seulement.

Votre Commission ne s'oppose pas à l'adoption de cet article.

Article 19.

Observations de la Commission :

Afin de tenir compte du remplacement de la Commission technique des ententes et des positions dominantes par la Commission de la concurrence, le premier alinéa de cet article apporte une modi-

fication de pure forme à la rédaction de l'article 50 de l'ordonnance n° 45-1483 (ancien art. 59 *bis*).

En revanche, son second alinéa vise à étendre le champ d'application du dernier alinéa de ce même article 50.

Introduit par la loi n° 63-628 du 2 juillet 1963, celui-ci prohibe « 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 ».

La modification proposée, qui, par ailleurs, s'inspire de la rédaction de l'article 86 du Traité de Rome, élargit la notion d'entreprise occupant une position dominante puisque désormais celle-ci s'appréciera d'une part au regard de l'ensemble du marché intérieur, mais également, d'autre part, au regard d'une partie substantielle de celui-ci. Toutefois, la Commission technique des ententes et des positions dominantes ayant toujours eu, dans chaque affaire, une approche très pragmatique des conditions du marché considéré, la modification ainsi introduite ne devrait donc que consacrer la liberté d'appréciation dont disposait déjà la Commission.

Sous réserve de ces observations, votre Commission vous propose d'adopter le présent article sans modification.

Article 20.

Observations de la Commission :

L'article 20 du projet de loi apporte tout d'abord des modifications de forme à la rédaction de l'article 52 de l'ordonnance n° 45-1483 (ancien art. 59 *quater*) pour tenir compte du remplacement de la Commission technique des ententes et des positions dominantes par la Commission de la concurrence.

La procédure prévue par cet article 52 qui, en ce qui concerne la constatation et la poursuite des infractions aux dispositions relatives aux ententes et aux positions dominantes, déroge à l'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945, doit être rappelée.

Lorsque des faits consignés dans des rapports ou constatés par voie de procès-verbal, paraissent constituer ces infractions, le ministre de l'Economie et des Finances a la faculté d'en saisir la Commission des ententes. Par ailleurs, en cas d'urgence, de récidive ou de flagrant

délit, le Ministre peut transmettre directement le dossier au parquet. Il en va du reste de même lorsque la Commission ne s'est pas prononcée dans le délai de six mois et, naturellement, lorsqu'elle a émis un avis en ce sens.

L'avis de la Commission est en principe suivi et le Ministre saisit généralement le parquet lorsque la Commission, ayant estimé que les pratiques qui lui sont soumises relèvent de l'article 59 *bis* sans se trouver justifiées par les dispositions de l'article 59 *ter*, le lui recommande.

Selon la procédure actuellement en vigueur, le Ministre pouvait également offrir aux parties intéressées de souscrire un règlement amiable par lequel celles-ci s'engageaient à apporter à leurs activités les modifications jugées nécessaires. La possibilité de recourir à cette procédure qui, sous réserve du respect des engagements souscrits, éteignait l'action publique, a été supprimée par l'article 17 du projet de loi. En revanche, l'article suivant ouvre au Ministre la faculté d'infliger des sanctions de caractère administratif et l'on peut penser que cette procédure sera vraisemblablement choisie dans la très grande majorité des cas. Du reste, sur les 140 affaires examinées à ce jour par la Commission, dix seulement ont fait l'objet d'une proposition de transmission au parquet.

Le rôle de la Commission va ainsi se trouver renforcé puisque c'est seulement devant celle-ci que les parties concernées pourront présenter leur défense avant que le Ministre ne prononce éventuellement à leur encontre une sanction administrative.

Dès lors, c'est en tenant compte de cette observation que doivent être étudiées les modifications qu'apporte l'article 20 du projet de loi, complété par la lettre rectificative, aux dispositions de l'article 59 *quater*.

Ces modifications visent à :

- élargir les possibilités de saisine de la Commission de la concurrence ;
- modifier la procédure suivie devant la Commission ;
- protéger le secret des affaires.

1° *La saisine de la Commission :*

Actuellement, outre la possibilité rarement utilisée de se saisir d'office, la Commission technique des ententes et des positions dominantes ne peut être saisie que par le Ministre. Le projet de loi vise à étendre ce droit aux collectivités territoriales, aux organisations

syndicales ou professionnelles et aux organisations de consommateurs agréées conformément aux dispositions de l'article 46 de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, pour toute affaire qui concerne les intérêts dont elles ont la charge.

Il faut noter, à cet égard, que ces dispositions ont un caractère moins novateur qu'il ne paraît puisqu'elles consacrent un droit de requête sur plaintes déjà admis dans la pratique. C'est d'ailleurs généralement dans cette hypothèse, lorsque les plaintes ou les dénonciations lui paraissaient fondées, que la Commission usa de son droit d'autosaisine.

L'Assemblée nationale, tout en admettant qu'il était souhaitable qu'en dehors des voies judiciaires ouvertes aux particuliers pour faire valoir leurs droits lorsqu'ils ont été lésés par une entente illicite ou un abus de position dominante, des organismes, représentant des intérêts collectifs puissent attirer l'attention des Pouvoirs publics sur certains faits en saisissant la Commission, a estimé que des limites devaient être apportées à ce droit.

En effet, pour éviter que la Commission ne soit éventuellement débordée, l'Assemblée nationale, sur proposition de la Commission spéciale, a introduit une procédure de filtrage des saisines émanant de ces organismes.

Selon cette procédure, la Commission de la concurrence entend, si elle le juge utile, l'auteur de la saisine. Si elle estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 50 « ou qu'ils ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants », elle peut décider qu'il n'y a pas lieu de mettre en œuvre la procédure d'instruction ; cette décision, notifiée à l'auteur de la saisine, pouvant être déférée, par celui-ci, au Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir.

Incontestablement, sur le plan pratique, cette disposition devrait éviter la paralysie de la Commission, consécutive à de trop nombreuses saisines. Toutefois, afin de faciliter le contrôle qui pourra être exercé par le Conseil d'Etat sur les décisions de la Commission et afin que l'auteur de la saisine soit informé des raisons qui auront conduit éventuellement au rejet de sa requête, il semble souhaitable de préciser que ces décisions devront être obligatoirement motivées. C'est pourquoi votre Commission vous propose d'adopter un amendement en ce sens.

2° Les modifications concernant la procédure suivie devant la Commission de la concurrence :

Bien que les rapporteurs de la Commission disposent de pouvoirs importants d'investigation et des éléments des enquêtes administratives, leurs rapports étaient généralement succincts. Désormais, les rapports communiqués aux parties intéressées, qui sont par ailleurs mises en mesure de présenter leurs observations, devront contenir obligatoirement l'exposé des faits et des griefs relevés à la charge des entreprises ainsi que les éléments d'information et les documents ou leurs extraits sur lesquels se fonde le Rapporteur.

Ces précisions sur le contenu minimum du rapport sont, en quelque sorte, la contrepartie des nouveaux pouvoirs conférés à l'Administration en matière de sanctions administratives. Il ne semble pas souhaitable, cependant, d'aller au-delà de cette énumération et de révéler tous les renseignements détenus par le Rapporteur, notamment, par exemple, l'origine des plaintes ou des dénonciations. En revanche, afin de préserver les droits de la défense devant la Commission de la concurrence, l'Assemblée nationale a adopté un article additionnel que nous examinerons plus loin.

3° La protection du secret des affaires :

Afin de protéger le secret des affaires, le dernier alinéa de l'article 20 punit des peines prévues à l'article 378 du Code pénal, c'est-à-dire d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de 500 F à 3.000 F la divulgation par l'une des parties des informations concernant une autre partie ou un tiers et dont elle n'aura eu connaissance qu'à la suite de la communication du rapport.

Cette disposition ayant paru insuffisante à la Commission spéciale de l'Assemblée nationale, celle-ci avait proposé que les délibérations des assemblées des collectivités territoriales relatives à la saisine de la Commission de la concurrence fussent prises en comité secret. Cet amendement, dont le but était de prévenir les excès de publicité sur les affaires soumises à la Commission avant que celle-ci ne se soit prononcée et que les entreprises mises en cause n'aient été à même de présenter leurs observations, n'a pas été adopté par l'Assemblée nationale qui a estimé que cette disposition restreindrait les prérogatives des assemblées des collectivités locales.

Compte tenu de ces explications et de l'amendement qu'elle vous propose d'adopter au paragraphe III, votre Commission ne s'oppose pas à l'adoption de cet article.

Article 20 bis (nouveau).

Observations de la Commission :

Cet article, introduit par l'Assemblée nationale, vise à assurer les garanties des droits de la défense devant la Commission de la concurrence. Dans la mesure où l'article suivant permet au Ministre d'infliger aux entreprises qui auraient méconnu les dispositions de l'article 50 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 des sanctions administratives, en dehors des garanties offertes par la voie judiciaire, votre Commission est favorable à l'adoption de cet article. Toutefois, afin de ne pas multiplier les textes d'application, elle vous propose de préciser, par amendement, que le décret qu'il prévoit sera celui visé à l'article 24 de la présente loi.

Article 21.

Observations de la Commission :

S'inspirant du droit communautaire en matière de contrôle des ententes, cet article prévoit la possibilité pour le Ministre d'infliger des sanctions de caractère administratif qui frapperont, en tant que telles, les entreprises reconnues coupables d'ententes illicites ou d'abus de position dominante.

Avant d'analyser chacun des sept articles nouveaux introduits par l'article 21 dans l'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix, il nous paraît indispensable de nous interroger sur l'opportunité de la création de ces sanctions et sur les possibilités de cumul des procédures.

1. L'opportunité de la création de sanctions administratives :

Le législateur s'est toujours montré hostile, dans le souci de préserver les justiciables de l'arbitraire de l'Administration, au renforcement des pouvoirs de celle-ci en matière de sanctions administratives. A cet égard, le recours à l'autorité judiciaire est considéré comme offrant plus de garantie.

Ainsi, les dernières sanctions administratives en matière d'infraction à la législation économique, ont été supprimées par la loi n° 55-1538 du 28 novembre 1955. Néanmoins, on doit noter que les justiciables, sensibles au caractère jugé infamant des sanctions pénales, ne sont pas toujours opposés au principe des sanctions administratives. Par ailleurs la législation applicable en matière d'ententes illicites et d'abus de position dominante n'offre actuellement au Ministre le choix qu'entre la transmission du dossier au parquet et la possibilité de proposer aux parties intéressées la souscription d'un règlement amiable par lequel celles-ci s'engagent à apporter à leurs activités les modifications jugées nécessaires. Or, ces dispositions se sont révélées inadaptées. En effet, la procédure transactionnelle, fréquemment utilisée en matière d'infractions à la législation économique, n'a été qu'exceptionnellement mise en œuvre, nous l'avons vu, en matière d'ententes et de position dominante. Quant aux sanctions pénales, outre la longueur des procédures qu'elles impliquent et le fait qu'elles frappent les personnes physiques et non les entreprises, leurs montants sont insuffisamment dissuasifs (60 F à 200.000 F avant le doublement des peines prévues par le présent projet de loi). Dès lors, dans la mesure où les entraves à la libre concurrence sont perçues comme un facteur d'inflation, le rétablissement de sanctions administratives semble être une procédure efficace. Toutefois, leur rétablissement appelle quelques observations sur les possibilités de cumul des sanctions.

2. Les possibilités de cumul des procédures et des sanctions :

Alors que la règle « non bis in idem » ne s'applique pas en matière de cumul de sanctions pénales et administratives, on doit remarquer que les sanctions prononcées par le juge judiciaire sur la base de l'ordonnance n° 45-1483 relative aux prix peuvent se cumuler avec celles de l'article 419 du Code pénal. Toutefois, les personnes susceptibles d'être poursuivies sur la base de ces deux textes ne sont pas les mêmes et les éléments constitutifs des infractions ne sont pas identiques.

C'est ainsi que les personnes punissables pénalement en application de l'article 59 *bis* (nouvel art. 50) de l'ordonnance relative aux prix sont celles qui, en raison de leur fonction dans l'entreprise, répondent des actes délictueux qu'elles ont commis ou laissé commettre. Les entreprises, en tant que personne morale, sont cependant tenues solidairement responsables des amendes prononcées à l'encontre de ces personnes physiques. Dès lors, ces peines sanctionnent la responsabilité objective des dirigeants des entreprises et le caractère intentionnel de l'infraction n'est pas exigé.

En revanche, les sanctions pénales prononcées sur la base de l'article 419 du Code pénal, lorsque le juge est saisi dans le cadre de la procédure de droit commun, frappent uniquement les personnes physiques répondant de leur fait personnel ; l'élément intentionnel de l'infraction étant par ailleurs nécessaire. Quant aux sanctions administratives qui pourront, à l'avenir, être prononcées par le Ministre, elles ne viseront que les personnes morales.

Ainsi, le cumul idéal d'infractions ne sera réalisé qu'exceptionnellement. Cependant, l'enchevêtrement éventuel des recours administratifs contre les sanctions prononcées par le Ministre et des recours judiciaires, devant les juridictions pénales ou civiles, pourra aboutir à des contradictions de décisions. Dans cette hypothèse, l'harmonisation de la jurisprudence devra être assurée par les procédures de droit commun prévues en cas de contrariétés de jugement entraînant un déni de justice.

L'article 21 du projet de loi se présente donc sous la forme de sept articles venant compléter la section III du Livre III de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945.

« Art. 53. »

Cet article offre au ministre chargé de l'Economie la possibilité d'infliger des sanctions pécuniaires aux entreprises ayant méconnu les dispositions relatives aux ententes et aux positions dominantes, sans que les pratiques relevées à leur rencontre aient eu pour effet d'assurer le développement du progrès économique.

Ces sanctions ne peuvent être prononcées par le Ministre que si la Commission de la concurrence a émis un avis en ce sens. Par ailleurs, le montant de la sanction pécuniaire ne peut être supérieur à celui qui est mentionné dans l'avis de la Commission. Ce montant doit être fixé compte tenu de la gravité des faits reprochés, de l'importance des dommages causés à l'économie et de la dimension de l'entreprise ou de la personne morale intéressée ; il ne peut dépasser 5.000.000 F ou 10 % du montant du chiffre d'affaires hors taxe de l'entreprise, réalisé en France et dans le secteur d'activité où a été commise l'infraction. Toutefois, lorsque le Ministre a transmis le dossier au parquet, il ne peut plus infliger de sanction pécuniaire à l'entreprise.

Enfin, sur proposition de la Commission, le Ministre peut assortir de mesures de publicité les sanctions pécuniaires qu'il a prononcées. Le caractère dissuasif qui s'attache à cette dernière disposition a conduit l'Assemblée nationale à repousser un amendement visant à la supprimer.

Votre Commission reconnaît le bien-fondé de ces dispositions. Toutefois, afin que la situation de certaines entreprises ne soit pas irrémédiablement compromise par des amendes administratives trop élevées, elle vous propose de réduire le montant maximum des sanctions de 10 à 5 % du chiffre d'affaires et de préciser que l'amende infligée à l'entreprise par le Ministre devra tenir compte de la situation financière de celle-ci.

Sous réserve de ces amendements, votre Commission vous propose d'adopter cet article.

« Art. 54. »

Cet article confère au Ministre un pouvoir d'injonction à l'égard des entreprises qui ont méconnu les dispositions de l'article 50.

Tel qu'il a été précisé par l'Assemblée nationale, l'article 54 fait une distinction entre le pouvoir d'injonction détenu par le Ministre en matière d'entente et en matière d'abus de position dominante.

Lorsque la Commission de la concurrence a estimé qu'une entreprise a méconnu les dispositions relatives aux ententes économiques sans que les pratiques relevées à son encontre aient été justifiées par les dispositions de l'article 51, le Ministre peut, par décision motivée, lui enjoindre soit de rétablir l'état de concurrence antérieur, c'est-à-dire de mettre fin à l'entente, soit de faire entrer les pratiques en cause dans le champ d'application du 2° de l'article 51, c'est-à-dire de faire en sorte que l'entente ait des effets positifs sur le progrès économique.

En cas d'infraction aux dispositions relatives aux positions dominantes, le pouvoir d'injonction du ministre chargé de l'Economie est plus limité quant aux conditions de mise en œuvre. Tout d'abord, ce pouvoir ne peut s'exercer que conjointement avec le Ministre dont relève le secteur économique concerné. Ensuite, les injonctions ne peuvent aller au-delà de ce que la Commission de la concurrence proposait.

Sous ces réserves, les entreprises peuvent se voir enjoindre d'une part, de modifier, de compléter ou même de résilier les actes et conventions qui ont permis la concentration de la puissance économique à l'origine de l'infraction et, d'autre part, de prendre toute disposition de nature à rétablir soit la situation du droit antérieur, soit une concurrence suffisante.

Enfin, le dernier alinéa de l'article 54 prévoit que si les injonctions ne sont pas respectées, le ministre chargé de l'Economie pourra prononcer une sanction pécuniaire dans les conditions fixées à l'article 53,

Dès lors, les pouvoirs de l'Administration apparaissent très importants, en particuliers en matière de concentration. Cependant, la procédure mise en place garantit de façon satisfaisante les droits de la défense.

Sous réserve d'un amendement visant à réparer une omission, votre Commission est favorable à l'adoption de cet article.

« Art. 55. »

Cet article crée, par rapport à la procédure décrite à l'article 53, une procédure allégée destinée, semble-t-il, à combattre les ententes d'un caractère géographique limité.

Dans le cadre de cette procédure, le Ministre dispose d'une compétence largement discrétionnaire. Tout d'abord, l'option du Ministre exclut, du moins dans un premier temps, la saisine de la Commission de la concurrence. Après avoir communiqué ses griefs aux entreprises en cause et recueilli leurs observations, celui-ci consulte le Président de la Commission sur la décision qu'il envisage de prendre. Si le Président estime inutile de saisir la Commission, le Ministre peut infliger, à chaque entreprise auteur de l'infraction, une sanction pécuniaire dont le montant est limité à 100.000 F. Par contre, si le Président estime qu'il convient de saisir la Commission, la procédure des articles 52, 53 et 54 redevient applicable.

Les avantages offerts par cette procédure allégée n'ont pas échappé à l'Assemblée nationale. Cependant, elle a estimé que les entreprises pourraient parfois préférer la procédure lourde de l'article 53 qui, si elle présente des inconvénients notamment quant à l'ampleur des sanctions (500.000 F au lieu de 100.000 F), permet aux droits de la défense de s'exercer dans de meilleures conditions. De ce fait, tout en maintenant cette procédure, l'Assemblée nationale a adopté un amendement prévoyant que si l'une des parties demande à bénéficier de la procédure lourde, celle-ci est de droit.

Sous réserve d'un amendement de pure forme qu'elle vous propose, votre Commission approuve cette modification.

« Art. 56. »

L'article 56 prévoit la publication, au *Bulletin officiel du Service des prix*, des décisions ministérielles prises en application des articles 53, 54 et 55, c'est-à-dire des décisions prononçant des sanctions administratives.

Cette disposition, outre son caractère dissuasif, doit assurer la publicité de ces décisions. C'est pourquoi l'Assemblée nationale

a souhaité étendre cette obligation aux décisions ministérielles de transmission du dossier au parquet aux fins de sanctions pénales. Dès lors, ces dernières décisions n'étant pas, à l'évidence, susceptibles de faire l'objet d'un recours de pleine juridiction, l'Assemblée nationale a dû scinder le texte de l'article 56 en deux alinéas. A cette occasion, elle a précisé que les recours de pleine juridiction devront être introduits devant le Conseil d'Etat.

S'agissant de l'ouverture de ce recours contre les décisions ministérielles prononçant des sanctions administratives, il a paru à votre Commission parfaitement logique, en raison de l'importance des pouvoirs conférés à l'Administration, d'accorder au juge administratif un pouvoir excédant le seul contrôle de la légalité pour lui permettre d'apprécier au fond et de réformer ces décisions. Toutefois, votre Commission est consciente des problèmes susceptibles de se poser dans la mesure où le sursis à exécution n'est accordé que restrictivement en matière administrative. Ainsi, quelle pourra être la portée d'une annulation prononcée par le Conseil d'Etat lorsque la décision ministérielle aura eu des effets irréversibles, notamment lorsque le démantèlement de l'entreprise aura eu lieu ? Dans cette hypothèse, l'indemnisation de l'entreprise n'apparaîtra pas comme une solution pleinement satisfaisante.

« Art. 57. »

Cet article prévoit que les sanctions pécuniaires prononcées par le Ministre sur la base des articles 53 à 55 seront recouvrées comme en matière d'impôts directs.

« Art. 58. »

Cet article vise à prendre en compte le particularisme de la procédure de constatation et de poursuite des infractions en matière d'ententes et de positions dominantes.

En effet, la constatation des faits susceptibles de constituer un des délits prévus à l'article 50 relève de rapports ou de procès-verbaux établis par les agents visés à l'article 6 de l'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945. Or, si les rapports, considérés comme des actes administratifs d'enquête, ne sont pas, conformément aux dispositions du Code de procédure pénale et contrairement aux actes de police judiciaire, interruptif de la prescription de l'action publique, les procès-verbaux établis dans ce domaine ont également été considérés par la jurisprudence, jusqu'à une date récente, comme des actes administratifs ayant pour objet non la constatation d'infractions, mais simplement de faits susceptibles de constituer une infraction — c'est à-dire comme des actes destinés à l'information de l'autorité administrative.

Dans la mesure où la prescription des délits d'ententes illicites et d'abus de positions dominantes est de trois ans, cette interprétation a de graves conséquences. Ainsi, la mise en œuvre de l'action publique n'étant possible qu'après une phase d'instruction et qu'après l'intervention de l'avis de la Commission de la concurrence sur la qualification de l'infraction, il ne reste généralement que peu de temps pour la mise en œuvre de cette action.

Consciente de ce problème, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a admis récemment que les procès-verbaux, visés au deuxième alinéa de l'article 59 *quater* (nouvel art. 52) de l'ordonnance relative aux prix, n'ont pas le caractère de simples actes d'enquête administrative mais sont, par nature, des actes de police judiciaire interruptifs de la prescription de l'action publique.

C'est cette interprétation que l'article 58 se propose de consacrer. Par ailleurs, il prévoit également que la saisine de la Commission de la concurrence interrompra la prescription.

L'Assemblée nationale ayant donné une rédaction plus précise à cet article, votre Commission est favorable à son adoption sans modification.

« Art. 59. »

Actuellement, la législation en matière d'ententes illicites et d'abus de positions dominantes a pour objectif, selon la jurisprudence, la protection de l'intérêt général et non pas la protection d'intérêts particuliers. De ce fait, la constitution de partie civile n'est pas recevable et le ministre chargé de l'Economie détient le monopole de l'exercice des poursuites pénales sur la base de l'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix. Toutefois, les tiers lésés par des pratiques prohibées peuvent, éventuellement, se constituer partie civile devant les juridictions pénales en se fondant sur les dispositions de l'article 419 du Code pénal. Par ailleurs, ils peuvent saisir les juridictions civiles d'une action en dommages-intérêts sur la base de l'article 1382 du Code civil.

La rédaction proposée par le projet de loi pour l'article 59 de l'ordonnance n° 45-1483 tendait à mettre fin au monopole de l'Administration de déclencher les poursuites pénales.

Ainsi, lorsque le Ministre aurait transmis le dossier au parquet ou lorsque les décisions ministérielles prises en application des articles 53, 54 et 55 (c'est-à-dire les décisions prononçant une sanction administrative) auraient été publiées, l'action publique et l'action civile devant les juridictions pénales en réparation des dommages causés auraient pu s'exercer dans les conditions de droit commun. En revanche, la décision du Ministre de classer une affaire n'ouvrirait pas de telles possibilités.

L'Assemblée nationale a jugé qu'il était anormal que, dans l'hypothèse où le Ministre a estimé, au vu de l'ensemble de l'affaire, qu'une mesure administrative suffisait et que celle-ci ait été fixée en tenant compte du fait qu'il ne saisissait pas la juridiction pénale, cette dernière puisse être saisie par d'autres sur la base même de l'infraction sanctionnée administrativement par le Ministre. Afin d'exclure ces possibilités, elle a adopté un amendement visant à limiter l'exercice de l'action publique et de l'action civile devant les juridictions pénales aux seuls cas où le Ministre aura transmis le dossier au parquet. Par contre, elle a repoussé un amendement proposant la suppression de l'article 419-2° du Code pénal qui permet la poursuite des personnes physiques responsables de leur fait personnel et ayant agi intentionnellement.

Sur cet article 59, votre Commission ne saurait entièrement suivre l'Assemblée nationale.

En effet, dans la mesure où la transmission du dossier au parquet n'interviendra qu'exceptionnellement, le Ministre préférant recourir, dans un souci d'efficacité, aux dispositions des articles 53, 54 et 55, les dispositions de l'article 59, telles qu'elles ont été adoptées par l'Assemblée nationale, perdent l'essentiel de leur intérêt. De plus, il a semblé souhaitable à votre Commission de permettre au tiers lésé d'assigner devant le juge pénal les auteurs d'ententes illicites ou d'abus de positions dominantes dans tous les cas où le Ministre et la Commission de la concurrence ont estimé qu'il y avait une infraction aux dispositions de l'article 50, même s'ils ont jugé préférable de prononcer une injonction ou une amende administrative et n'ont pas, eux-mêmes, déféré le dossier au parquet.

L'existence d'une infraction reconnue ayant pu causer un grave préjudice à un tiers et le fait que l'élément intentionnel n'est pas exigé par l'article 50 (contrairement à l'article 419 du Code pénal) justifient, pour votre Commission, sous réserve d'un amendement visant à rectifier une légère erreur, le retour au texte présenté par le Gouvernement.

*
**

Compte tenu des amendements qu'elle vous propose aux articles 53, 54, 55 et 59 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945, votre Commission vous demande d'adopter l'article 21 du présent projet de loi.

Article 22.

Observations de la Commission :

Actuellement, toutes les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent demander l'avis de la Commission technique des ententes et des positions dominantes, à tous les stades de la procédure et même si elles sont saisies sur la base de l'article 419 du Code pénal. L'avis de la Commission ne peut porter que sur la qualification des faits et il ne peut être publié qu'après qu'un jugement sur le fond ait été rendu.

L'article 22 du projet de loi ne reprenait donc, initialement, que les dispositions en vigueur. L'Assemblée nationale l'a complété par deux dispositions.

1° Dans la mesure où les juridictions administratives pourront être saisies d'un recours contre une décision qui aura été prononcée selon la procédure allégée de l'article 55, c'est-à-dire sans que la Commission de la concurrence ait été consultée, il a semblé nécessaire à l'Assemblée nationale de préciser que ces juridictions pourront également demander l'avis de la Commission. Aux termes du texte qu'elle a adopté, il en est d'ailleurs de même pour toutes les juridictions existantes.

2° Il a paru également souhaitable à l'Assemblée nationale d'obliger les juridictions d'instruction saisies en vue de l'application de l'article 419-2° du Code pénal à demander l'avis de la Commission de la concurrence. L'adoption de cette disposition, dont l'objectif est d'éviter, dans toute la mesure du possible, les contrariétés de décisions, n'a cependant pas semblé opportune à votre Commission.

En effet, le champ d'application de l'article 419-2° du Code pénal ne coïncide pas avec celui de l'article 50 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 qui fonde la compétence de la Commission en matière de pratiques anti-concurrentielles. Dès lors, si les juridictions d'instruction sont contraintes à consulter la Commission, celle-ci pourra être amenée à donner son avis sur des faits qui ne sont pas normalement de sa compétence, en particulier, en matière d'agissements individuels. Pour cette raison, votre Commission est opposée à cette disposition. En revanche, elle vous propose d'adopter sans modification les autres dispositions de l'article 22 du projet de loi.

Article 23.

Observations de la Commission :

Selon l'article 45 de la loi du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, dite « loi Royer », l'action civile en réparation du dommage causé par l'une des infractions constatées, poursuivies et réprimées suivant les dispositions de l'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945 est recevable dans les conditions du droit commun, alors que précédemment l'initiative des poursuites appartenait au seul ministère public.

Ces nouvelles dispositions ne s'appliquaient pas, cependant, aux infractions visées à l'article 59 *bis* (nouvel art. 52) de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945, c'est-à-dire aux infractions aux dispositions relatives aux ententes et aux positions dominantes. Cette exclusion fut justifiée, alors, par la nature très particulière de ces infractions ; la répression devant, en cette matière, être commandée uniquement par la défense de l'intérêt général.

C'est cette exception que tend à supprimer l'article 23 du projet de loi. Toutefois, son adoption n'aboutira pas pour autant à la suppression de toutes conditions restrictives à l'exercice de l'action civile en cette matière puisqu'un régime dérogatoire au droit commun a été organisé par le nouvel article 59 de l'ordonnance n° 45-1483, que nous avons examiné précédemment.

Sous réserve de ces observations, votre Commission approuve le contenu de cet article.

Article 24.

Observations de la Commission :

Cet article renvoie les modalités d'application de la présente loi à un décret en Conseil d'Etat.

Article 25.

Observations de la Commission :

Cet article lie l'entrée en vigueur du titre premier de la présente loi, c'est-à-dire du titre relatif au contrôle des concentrations économiques, à la publication du décret en Conseil d'Etat prévu à l'article 24 qui devra intervenir dans les six mois *suivant la publication de la loi*. Sous réserve de l'adjonction de cette dernière précision, votre Commission vous propose d'adopter cet article.

Article 26.

Observations de la Commission :

L'alinéa premier de cet article limite le champ d'application du titre premier de la loi aux actes et conventions passés ou conclus postérieurement à la date de publication de celle-ci. Quant au second alinéa, il dispose que, pour les actes passés ou conclus avant cette date, la déclaration prévue à l'article 6 pourra intervenir dans les trois mois.

Sous réserve d'un amendement visant à combler un oubli, votre Commission vous propose d'adopter cet article.

Article 27.

Observations de la Commission :

Cet article stipule que la Commission technique des ententes et des positions dominantes exercera, jusqu'à l'installation de la Commission de la concurrence, les compétences dévolues à celle-ci par la présente loi.

*
**

Compte tenu des observations qui précèdent et sous réserve des amendements qu'elle soumet à votre approbation, votre Commission vous demande d'adopter le présent projet de loi, voté par l'Assemblée nationale.

TABLEAU COMPARATIF

Texte du projet de loi n° 2388 modifié par la lettre rectificative n° 2754.	Texte adopté par l'Assemblée Nationale	Propositions de la Commission
TITRE PREMIER A DE LA COMMISSION DE LA CONCURRENCE		
Article premier.	Article premier.	Article premier.
Il est créé une Commission de la concurrence <i>chargée de donner des avis</i> :	Il est créé une Commission de la concurrence.	Conforme.
a) dans les conditions définies par la présente loi, en matière de contrôle de la concentration économique et de répression des ententes illicites et des abus de position dominante.	<i>Cette Commission connaît, à titre consultatif, de toutes les questions concernant la concurrence dont elle est saisie par le Gouvernement. Elle exerce, en outre, les attributions définies par la présente loi en matière de contrôle des concentrations et de répression des ententes illicites et des abus de position dominante.</i>	
b) à la demande du Gouvernement sur toute question concernant la concurrence, notamment :		
— les projets de lois ou de décrets de nature à affecter la liberté d'accès aux professions ou activités économiques ou la liberté d'exercice de ces professions ou activités ;	Alinéa supprimé.	
— les questions de principe relatives aux pratiques commerciales individuelles restrictives de la concurrence ;	Alinéa supprimé.	
— les règles et pratiques professionnelles qui font obstacle au libre jeu de la concurrence.	Alinéa supprimé.	
Article premier bis (nouveau).	Article premier bis.	
La Commission de la concurrence est composée :	La Commission de la concurrence est composée :	Alinéa conforme.
— d'un président nommé par décret en Conseil des ministres pour une durée de cinq ans ;	— d'un Président nommé par décret pour une durée de six ans, choisi parmi les membres du conseil d'Etat et les magistrats de l'ordre administratif ou judiciaire ;	— d'un Président nommé par décret pour une durée de six ans ;
— de commissaires nommés par décret pour une durée de trois ans et choisis les uns parmi les membres du	— de huit commissaires, nommés par décret pour une durée de quatre ans, choisis les uns parmi les membres	Alinéa conforme.

Texte du projet de loi n° 2388
modifié par la lettre rectificative n° 2754.

Conseil d'Etat et les magistrats de l'ordre administratif ou judiciaire, les autres en raison de leur compétence en matière économique, sociale ou de consommation.

Les avis de la Commission sont donnés en formation plénière ou en section. Les sections comprennent au moins trois membres de la commission auxquels sont adjointes deux personnes au plus nommées par décret, pour trois ans, sur proposition du président et répondant à l'un des critères définis à l'alinéa précédent.

TITRE PREMIER

DU CONTROLE DE LA CONCENTRATION ECONOMIQUE

CHAPITRE PREMIER

Opérations soumises à contrôle.

Art. 2.

Sont soumis à contrôle dans les conditions fixées au présent titre les actes et conventions, quelle que soit la forme dans

Texte adopté par l'Assemblée Nationale

du Conseil d'Etat et les magistrats de l'ordre administratif ou judiciaire, les autres en raison de leur compétence en matière économique, sociale ou de consommation.

Les mandats du Président et des commissaires sont renouvelables.

La Commission est assistée d'un rapporteur général et de rapporteurs.

Les fonctions de Président, de rapporteur général et de certains rapporteurs constituent des emplois à temps plein.

Article premier *ter* (nouveau).

La Commission de la concurrence siège soit en formation plénière, soit en sections composées chacune de cinq membres. Les sections sont présidées par le Président de la Commission ou par un commissaire. Les sections comprennent au moins trois membres de la Commission auxquels sont adjointes deux personnes au plus, nommées par décret, pour quatre ans, sur proposition du Président de la Commission et répondant à l'un des critères définis pour les commissaires à l'article précédent. Ces personnes peuvent être appelées à suppléer les membres de la Commission empêchés lorsque la Commission siège en formation plénière.

TITRE PREMIER

DU CONTROLE DE LA CONCENTRATION ECONOMIQUE

CHAPITRE PREMIER

Opérations soumises à contrôle.

Art. 2.

Peut être soumis à contrôle tout acte, convention ou opération juridique ayant pour objet de réaliser une concentration

Propositions de la Commission

Les mandats...

... renouvelables une fois.

Alinéa conforme.

Alinéa conforme.

Article premier *ter*.

Conforme.

TITRE PREMIER

DU CONTROLE DE LA CONCENTRATION ECONOMIQUE

CHAPITRE PREMIER

Opérations soumises à contrôle.

Art. 2.

Peut être soumis à contrôle tout acte, convention ou opération juridique ayant pour objet de réaliser une concentration d'entreprises ou étant de nature à entraîner les mêmes effets qu'une concentration, s'il en résulte qu'une concurrence suffisante ne puisse plus s'exercer sur le marché national.

Texte du projet de loi n° 2388
modifié par la lettre rectificative n° 2754.

(Cf. art. 5 du projet de loi.)

Art. 4.

Le contrôle porte notamment sur les actes et conventions qui attribuent, directement ou indirectement, à une ou plusieurs personnes physiques ou morales :

- des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ;
- le pouvoir d'administrer ou de diriger une entreprise ou la possibilité d'exercer une influence déterminante sur la désignation, les délibérations ou les décisions des organes d'administration et de direction ;
- une participation aux résultats d'une entreprise ou la possibilité de prendre part aux décisions concernant l'affectation des résultats ;
- la possibilité d'empêcher une entreprise de faire appel à la concurrence.

Art. 5.

Un acte ou une convention ne peut donner lieu à l'issue des procédures de contrôle instaurées ci-après, à l'une des mesures prévues au présent titre s'il apporte au progrès économique et social une contribution suffisante pour justifier les atteintes à la concurrence qu'il implique.

Texte adopté par l'Assemblée Nationale

L'opération juridique visé au premier alinéa.

L'acte, la convention ou l'opération juridique 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 justifier les atteintes à la concurrence qu'il implique. Dans l'établissement de ce bilan, l'évaluation de cette contribution tient compte de la compétitivité des entreprises concernées au regard de la concurrence internationale.

Art. 3.

Supprimé.

Art. 4.

Supprimé.

Art. 5.

Supprimé.

(Voir dernier alinéa de l'art. 2 adopté par l'Assemblée nationale.)

Propositions de la Commission

... au premier alinéa. En cas de notification d'un projet d'acte, de convention ou d'opération juridique dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article 6 de la présente loi, l'année civile de référence est celle précédant cette notification.

L'acte...

... implique l'évaluation de cette contribution...

... concurrence internationale.

Art. 3.

Suppression conforme.

Art. 4.

Suppression conforme.

Art. 5.

Suppression conforme.

Texte du projet de loi n° 2388
modifié par la lettre rectificative n° 2754.

CHAPITRE II

Le contrôle sur déclaration.

Art. 6.

Les personnes physiques ou morales qui envisagent de passer ou de conclure un acte ou une convention sujet à contrôle en application du chapitre premier de la présente loi peuvent en faire la déclaration au ministre chargé de l'Economie.

Les personnes qui ont effectivement passé ou conclu un acte ou une convention de cette nature peuvent en faire la déclaration au Ministre dans les trois mois suivant la date à laquelle l'acte est parfait ou la convention a été conclue. Tant que ce délai n'est pas expiré, la procédure de contrôle de la concentration économique à l'initiative de l'Administration prévue aux articles 11 à 13 ne peut être engagée.

Art. 7.

A sa seule initiative ou à la demande du Ministre dont relève le secteur intéressé, le ministre chargé de l'Economie peut soumettre à la Commission de la concurrence le cas des entreprises qui ont souscrit une déclaration.

(Cf. 3° de l'art. 10 du projet.)

Texte adopté par l'Assemblée Nationale

CHAPITRE II.

De la procédure et de la sanction
du contrôle.

Art. 6.

La notification au Ministre de l'Economie de projets d'acte, convention ou opération juridique définis à l'article 2 est facultative. En outre, ces actes, conventions et opérations peuvent être notifiés dans les trois mois suivant leur conclusion. Les entreprises concernées peuvent assortir leur notification d'engagements.

(Voir dernier alinéa de l'art. 7
adopté par l'Assemblée nationale.)

Faute de notification, le Président de la Commission, agissant d'office, peut faire rechercher si des actes, conventions ou opérations juridiques visés à l'article 2 de la présente loi ont été conclus ou passés par des entreprises. Les conclusions de l'enquête lui sont communiquées ainsi que les documents qui ont servi à étayer lesdites conclusions.

Les mêmes recherches peuvent être engagées à l'initiative du ministre chargé de l'Economie qui en informe le Président de la Commission et lui communique les résultats.

Art. 7.

A la seule initiative ou à la demande du Ministre dont relève le secteur intéressé, le ministre chargé de l'Economie peut soumettre à la Commission de la concurrence, tout acte, convention ou opération juridique défini à l'article 2 ayant fait l'objet ou non d'une notification.

Das le cas d'une notification, le Ministre ne peut saisir la Commission après l'expiration du délai de trois mois qui

Propositions de la Commission

CHAPITRE II

De la procédure et de la sanction
du contrôle.

Art. 6.

La notification au Ministre chargé de l'Economie de projets...

... d'engagements.

Faute de notification, le Président de la Commission de la concurrence, agissant d'office...

... conclusions.

Les mêmes recherches peuvent être engagées par le ministre chargé de l'Economie soit à son initiative soit à la demande du ministre dont relève le secteur intéressé. Le ministre chargé de l'Economie informe aussitôt le Président de la Commission de la concurrence de l'engagement de ces recherches ; il lui communique les conclusions de l'enquête ainsi que les documents qui ont servi à étayer lesdites conclusions.

Art. 7.

Alinéa conforme.

Dans le cas...

Texte du projet de loi n° 2388
modifié par la lettre rectificative n° 2754.

Texte adopté par l'Assemblée Nationale

Propositions de la Commission

(Cf. dernière phrase de l'art. 6 du projet.)

Art. 8.

La Commission de la concurrence examine les actes et conventions entrant dans le champ d'application du chapitre premier de la présente loi et vérifie si les dispositions de l'article 5 ne doivent pas recevoir application. Elle précise, le cas échéant, dans son avis, les mesures qu'il y a lieu de prendre.

Les rapports au vu desquels la commission est appelée à se prononcer sont communiqués aux parties intéressées à l'acte ou à la convention qui sont invitées à présenter leurs observations.

Art. 9.

Dans un délai de huit mois à compter de la date de réception de la déclaration et au vu et dans les limites de l'avis de la Commission de la concurrence, le ministre chargé de l'Economie, conjointement avec le Ministre dont relève le secteur économique concerné, peut par arrêté motivé :

a) dans le cas où l'acte n'est pas parfait ou la convention n'est pas conclue, enjoindre de ne pas donner suite au projet ;

b) dans le cas contraire, enjoindre de résilier l'acte ou la convention ou de prendre, dans un délai déterminé, toute autre disposition de nature à rétablir la situation de droit antérieure.

suit cette notification, sauf en cas de non-exécution des engagements dont elle est assortie.

S'il n'y a pas eu notification, la saisine de la Commission ne peut intervenir avant l'expiration du délai de trois mois prévu au premier alinéa de l'article 6.

Art. 8.

La Commission examine les actes, conventions et opérations juridiques qui lui sont soumis par le ministre de l'Economie. Elle vérifie si les dispositions du dernier alinéa de l'article 2 doivent recevoir application. Dans son avis, elle indique, le cas échéant, les mesures qu'il y a lieu de prendre.

Les rapports au vu desquels la Commission est appelée à se prononcer ainsi que les éléments d'information et les documents ou leurs extraits sur lesquels se fonde le Rapporteur sont communiqués aux parties intéressées qui ont la possibilité de produire leurs observations dans le courant de la procédure, selon des modalités fixées par le décret.

Art. 9.

Le ministre de l'Economie et le ou les Ministres dont relève le secteur économique concerné peuvent, par arrêté motivé, et dans les limites de l'avis de la Commission, enjoindre aux entreprises soit de modifier ou de compléter l'acte, la convention ou l'opération juridique ou de ne pas donner suite au projet, soit de rétablir la situation de droit antérieur, soit de prendre toute mesure propre à assurer ou à rétablir une concurrence suffisante, dans un délai déterminé.

Alinéa supprimé.

Alinéa supprimé.

... dont elle est éventuellement assortie.

Alinéa conforme.

Art. 8.

La Commission de la concurrence examine...

... le ministre chargé de l'Economie. Elle vérifie...

... lieu de prendre.

Les rapports...

... fixées

par le décret visé à l'article 24 de la présente loi.

Art. 9.

Le ministre chargé de l'Economie et le ou les ministres dont relève le secteur économique concerné peuvent, par arrêté motivé et dans les limites de l'avis de la Commission de la concurrence, enjoindre aux entreprises de prendre, dans un délai déterminé, une des mesures suivantes :

- soit ne pas donner suite au projet d'acte, de convention ou d'opération juridique ;
- soit rétablir la situation de droit antérieure ;
- soit modifier ou compléter l'acte, la convention ou l'opération juridique ;
- soit prendre toute mesure propre à assurer ou à rétablir une concurrence suffisante.

Suppression conforme.

Suppression conforme.

Texte du projet de loi n° 2388
modifié par la lettre rectificative n° 2754.

Au vu de l'avis de la Commission de la concurrence les mêmes ministres peuvent, dans le délai de huit mois, faire connaître aux intéressés qu'ils n'useront pas des pouvoirs qu'ils tiennent des dispositions ci-dessus, à la condition que les auteurs de l'acte ou de la convention en modifient ou en complètent la teneur en vue de le faire entrer dans le champ d'application de l'article 5. Dans ce cas, l'acte ou la convention ne peut faire l'objet, après l'expiration du même délai, de l'une des mesures prévues à l'article 13, dans le cadre de la procédure de contrôle de la concentration économique à l'initiative de l'Administration, que si les conditions posées par les ministres ou les engagements souscrits par les intéressés ne sont pas respectés.

Les décisions prises en application du présent article ne peuvent intervenir qu'après que les intéressés ont été mis à même de produire leurs observations.

Art. 10.

Si, dans les trois mois de la date de réception de la déclaration, la Commission n'a pas été saisie ou si dans le délai de huit mois à compter de cette date aucune décision n'a été notifiée aux intéressés en exécution des dispositions de l'article 9 ci-dessus, l'acte ou la convention ne peut faire l'objet de l'une des mesures prévues à l'article 13.

Il en est de même si, dans ce délai de huit mois, le ministre chargé de l'Economie et le Ministre dont relève le secteur économique concerné ont fait connaître aux intéressés qu'ils n'useront pas des pouvoirs qu'ils tiennent des dispositions des articles 7 et 9.

Toutefois, un acte ou une convention peut faire l'objet, après l'expiration du délai de huit mois mentionné ci-dessus, de

Texte adopté par l'Assemblée Nationale

Ils peuvent en outre, dans les mêmes conditions, subordonner l'entrée ou le maintien en vigueur de l'acte de la convention ou de l'opération juridique à l'observation de prescriptions de nature à apporter au progrès économique et social une contribution suffisante pour justifier des atteintes à la concurrence.

Toutefois, si l'acte, la convention ou l'opération juridique a été notifié, aucune décision prise en vertu des deux alinéas précédents, ne peut intervenir après l'expiration d'un délai de huit mois suivant la réception de cette notification, à moins d'inexécution des engagements présentés par les entreprises à l'appui de leur notification ou d'inobservation des injonctions ou prescriptions des Ministres.

Ceux-ci ne peuvent prendre les décisions visées aux deux premiers alinéas qu'après que les intéressés ont été mis à même de produire leurs observations.

Art. 10.

Supprimé.

(Voir texte adopté
par l'Assemblée nationale pour l'art. 9.)

Propositions de la Commission

Les ministres visés à l'alinéa précédent peuvent également, dans les mêmes conditions,..

... concurrence.

Alinéa conforme.

Les décisions prises en application du présent article ne peuvent intervenir qu'après que les intéressés ont été mis à même de produire leurs observations.

Art. 10.

Suppression conforme.

Texte du projet de loi n° 2388
modifié par la lettre rectificative n° 2754.

Texte adopté par l'Assemblée Nationale

Propositions de la Commission

l'une des mesures prévues à l'article 13 en cas d'inexécution d'engagements souscrits par les intéressés à l'appui de leur déclaration.

Art. 10 bis (nouveau).

Art. 10 bis.

La Commission de la concurrence peut également être saisie par le ministre chargé de l'Economie du cas des entreprises dont le chiffre d'affaires dépasse par croissance interne les parts de marchés définies à l'article 2. La Commission examine alors si une concurrence suffisante peut encore s'exercer sur le marché considéré.

Supprimé.

CHAPITRE III

Supprimé.

Suppression conforme.

**Le contrôle
à l'initiative de l'Administration.**

Art. 11.

Art. 11.

Art. 11.

Le ministre chargé de l'Economie peut, à sa seule initiative ou à la demande du Ministre dont relève le secteur économique concerné, soumettre à la Commission de la concurrence les actes ou conventions définis au chapitre premier de la présente loi.

Supprimé.

Suppression conforme.

(Voir texte adopté
par l'Assemblée nationale pour l'art. 7.)

Art. 12.

Art. 12.

Art. 12.

La Commission examine les actes ou conventions passés par les entreprises intéressées dans les conditions et selon la procédure prévues à l'article 8.

Supprimé.

Suppression conforme.

(Voir texte adopté
par l'Assemblée nationale pour l'art. 8.)

Art. 13.

Art. 13.

Art. 13.

Au vu et dans les limites de l'avis de la Commission de la concurrence, le ministre chargé de l'Economie, conjointement avec le Ministre dont relève le secteur économique concerné, peut par arrêté motivé :

Supprimé.

Suppression conforme.

(Voir texte adopté
par l'Assemblée nationale pour l'Art. 9.)

a) enjoindre aux intéressés de modifier, de compléter ou même de résilier, dans un délai déterminé, l'acte ou la convention

Texte du projet de loi n° 2388
modifié par la lettre rectificative n° 2754.

Texte adopté par l'Assemblée Nationale

Propositions de la Commission

soumis à contrôle ou de prendre toute autre disposition de nature à rétablir la situation de droit antérieure ;

b) enjoindre aux intéressés de prendre, dans un délai déterminé, toute mesure propre, compte tenu de l'acte ou de la convention examinée, à rétablir une concurrence suffisante.

Au vu de l'avis de la Commission les mêmes ministres peuvent, *également*, subordonner le maintien en vigueur et l'application d'un acte ou d'une convention à l'observation de prescriptions particulières et d'engagements de nature à le faire entrer dans le champ d'application de l'article 5.

Ces décisions sont prises après que les intéressés ont été mis à même de produire leurs observations.

CHAPITRE IV

Dispositions communes.

Art. 14.

Les agents habilités à rechercher si des actes ou conventions entrant dans le champ d'application du présent titre ont été passés ou conclus sont ceux énumérés à l'article 13 de l'ordonnance n° 45 1483 du 30 juin 1945 relative aux prix. Ils disposent des pouvoirs énoncés audit article. Les rapporteurs de la Commission de la concurrence disposent des mêmes pouvoirs pour l'accomplissement de leur mission. Ils sont astreints au même secret que les agents précités.

Art. 15.

Lorsque les injonctions prévues au premier alinéa de l'article 9 et au premier alinéa de l'article 13 de la présente loi ne sont pas respectées, le ministre chargé de l'Economie et le Ministre dont relève le secteur économique concerné, peuvent pour ce motif prononcer une sanction pé-

Supprimé.

Art. 14.

Supprimé.

(Voir texte adopté par
l'Assemblée nationale pour l'art. 16 bis.)

Art. 15.

Les injonctions et les prescriptions prononcées en application de l'article 9 ont un caractère obligatoire ; elles s'imposent nonobstant les stipulations dont les parties sont convenues. Si elles ne sont pas respectées, le ministre chargé de l'Economie et le Ministre dont relève le secteur écono-

Suppression conforme.

Art. 14.

Suppression conforme.

Art. 15.

Les injonctions...

**Texte du projet de loi n° 2388
modifié par la lettre rectificative n° 2754.**

cuniaire après avoir consulté sur son montant la Commission de la concurrence dans les conditions et les limites prévues aux articles 52, 53, 54, 56 et 57 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix.

Art. 16.

Les personnes auxquelles il est enjoint, en exécution des articles 9 et 13, de résilier ou de modifier les actes ou conventions déjà passés ou conclus doivent se conformer à ces injonctions, nonobstant toute stipulation contraire.

TITRE II

DES SANCTIONS APPLICABLES EN CAS D'INFRACTION A LA LEGISLATION DES ENTENTES ET DES POSITIONS DOMINANTES

Art. 17.

L'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix est modifiée comme suit :

Texte adopté par l'Assemblée Nationale

mique concerné peuvent, pour ce motif, prononcer une sanction pécuniaire après avoir consulté, sur son montant, la Commission de la concurrence, dans les conditions et les limites prévues aux articles 52, 53, 54, 56 et 57 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix.

Art. 16.

Supprimé.

(Voir texte adopté par l'Assemblée nationale pour l'art. 15.)

Art. 16 bis (nouveau).

Les agents énumérés à l'article 13 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont habilités à conduire les enquêtes visées au deuxième alinéa de l'article 6 et celles qui sont requises par le Président de la Commission de la concurrence dans le cadre des affaires dont celle-ci est saisie. Ces agents disposent des pouvoirs énoncés audit article 13 de l'ordonnance n° 45-1483.

Les rapporteurs de la Commission de la concurrence disposent des mêmes pouvoirs et sont astreints, en matière de secret, aux mêmes règles que les agents précités.

TITRE II

DES SANCTIONS APPLICABLES EN CAS D'INFRACTION A LA LEGISLATION DES ENTENTES ET DES POSITIONS DOMINANTES

Art. 17.

Conforme.

Propositions de la Commission

... et les limites prévues aux articles 53, 54, ...
... aux prix.

Art. 16.

Suppression conforme.

Art. 16 bis.

Les agents...
... les enquêtes
visées à l'article 6...

n° 45-1483.
Alinéa conforme.

TITRE II

DES SANCTIONS APPLICABLES EN CAS D'INFRACTION A LA LEGISLATION DES ENTENTES ET DES POSITIONS DOMINANTES

Art. 17.

Conforme.

Texte du projet de loi n° 2388
modifié par la lettre rectificative n° 2754.

a) la section IV du Livre III intitulée
« Maintien de la libre concurrence » devient
la section III du même Livre ;

b) les articles 59 *bis*, 59 *ter* et 59 *quater*
deviennent respectivement les articles 50,
51 et 52 ;

c) à l'article 37-3° les mots : « article
59 *bis* » sont remplacés par les mots :
« article 50 » ;

d) les deux derniers alinéas de l'article
52 sont abrogés.

Art. 18.

L'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945
relative à la constatation, la poursuite et
la répression des infractions à la législa-
tion économique est modifiée comme suit :

a) au début de l'article 40 sont insérés
les mots : « sous réserve des dispositions
de l'article 41 ci-dessous » ;

b) à l'article 41 après les mots : « les
infractions visées au 4° de l'article pre-
mier » sont insérés les mots : « ci-dessus
et à l'article 50 de l'ordonnance n° 45-1483
du 30 juin 1945 ».

Art. 19.

A l'avant-dernier alinéa de l'article 50 de
l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945
après les mots : « Commission » est insérée
l'expression : « de la concurrence ».

Au dernier alinéa du même article après
les mots : « marché intérieur » est insérée
l'expression : « ou une partie substantielle
de celui-ci ».

Art. 20.

Aux deuxième et quatrième alinéas de
l'article 52 de l'ordonnance n° 45-1483 du
30 juin 1945 les mots : « Commission tech-
nique des ententes et des positions domi-
nantes » sont remplacés par l'expression :
« Commission de la concurrence ».

Texte adopté par l'Assemblée Nationale

Art. 18.

Conforme.

Art. 19.

I. — A l'avant-dernier...

... concurrence ».

II. — Au dernier alinéa...

... celui-ci ».

Art. 20.

I. — Aux deuxième...

... concurrence ».

Propositions de la Commission

Art. 18.

Conforme.

Art. 19.

Conforme.

Art. 20.

I. — Conforme.

Texte du projet de loi n° 2388
modifié par la lettre rectificative n° 2754.

Au troisième alinéa du même article les mots : « Commission technique » sont remplacés par l'expression : « Commission de la concurrence ».

Le quatrième alinéa de l'article 52 est complété ainsi qu'il suit : « Elle peut également être saisie, pour toute affaire qui concerne les intérêts dont elles ont la charge, par les collectivités territoriales, les organisations professionnelles ou syndicales et les organisations de consommateurs agréées conformément aux dispositions de l'article 46 de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 ».

Le cinquième alinéa de l'article 52 est remplacé par les dispositions suivantes :

« Ses rapporteurs disposent des pouvoirs d'investigation prévus au Livre II de l'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945. Leurs rapports doivent contenir l'exposé des faits et des griefs relevés à la charge des entreprises, ainsi que les éléments d'information et les documents ou leurs extraits sur lesquels se fonde le Rapporteur. Ils sont communiqués aux parties intéressées qui sont mises en mesure de présenter leurs observations.

« Sera punie des peines prévues à l'article 378 du Code pénal la divulgation par l'une des parties des informations concernant une autre partie ou un tiers et dont elle n'aura pu avoir connaissance qu'à la suite de cette communication. »

Texte adopté par l'Assemblée Nationale

II. — Aux troisième et sixième alinéas du même article les mots : ...

.. concurrence ».

III. — Le quatrième alinéa...

... de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973. Dans ce dernier cas, la Commission entend, si elle le juge utile, l'auteur de la saisine. Si elle estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 50 ou qu'ils ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants, elle peut décider qu'il n'y a pas lieu, en l'état, de mettre en œuvre la procédure d'instruction prévue au présent article. Cette décision de la Commission est notifiée à l'auteur de la saisine, qui peut en demander l'annulation pour excès de pouvoir devant la juridiction administrative.

IV. — Le cinquième alinéa...

... communication. »

Art. 20 bis (nouveau).

Un décret en Conseil d'Etat précisera les conditions de procédure de nature à assurer les garanties des droits de la défense devant la Commission de la concurrence.

Propositions de la Commission

II. — Conforme.

III. — Le quatrième alinéa...

... probants, elle peut conclure, par décision motivée, qu'il n'y a pas...

... administrative.

IV. — Conforme.

Art. 20 bis.

Le décret en Conseil d'Etat visé à l'article 24 de la présente loi précisera...

... concurrence.

Texte du projet de loi n° 2388
modifié par la lettre rectificative n° 2754.

Art. 21

La section III du Livre III de l'Ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 précitée est complétée ainsi qu'il suit :

« Art. 53. — Le Ministre chargé de l'Economie peut également, si la Commission de la concurrence a émis un avis en ce sens, infliger par décision motivée une sanction pécuniaire à toute entreprise ou à toute personne morale qui a méconnu l'une des prohibitions édictées à l'article 50 sans que les pratiques relevées à son encontre aient été justifiées par les dispositions de l'article 51.

« Le montant maximum de la sanction applicable est de 5.000.000 F ; toutefois, lorsque le contrevenant est une entreprise, il peut atteindre 10 % du montant du chiffre d'affaires hors taxe réalisé en France au cours du dernier exercice clos avant le premier acte interruptif de la prescription. Si le dernier exercice clos a été d'une durée supérieure ou inférieure à douze mois, il est tenu compte du chiffre d'affaires réalisé durant les douze mois précédant la clôture de cet exercice. Si l'entreprise exploite des secteurs d'activité différents, le chiffre d'affaires à retenir est celui du ou des secteurs où a été commise l'infraction.

« Le montant de la sanction pécuniaire infligée par le Ministre doit être fixé compte tenu de la gravité des faits reprochés, de l'importance des dommages causés à l'économie et de la dimension de l'entreprise ou de la personne morale intéressée. Il ne peut être supérieur à celui qui est mentionné dans l'avis émis par la Commission.

« 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.

« Le Ministre peut en outre, sur la proposition de la Commission :

« — ordonner que la décision prononçant une sanction pécuniaire soit, aux frais de l'entreprise ou de la personne morale intéressée, publiée intégralement ou

Texte adopté par l'Assemblée Nationale

Art. 21.

Alinéa conforme.

« Art. 53. — Conforme.

Propositions de la Commission

Art. 21.

Alinéa conforme.

« Art. 53. — Alinéa conforme.

« Le montant...

il peut atteindre 5 % du montant...

... l'infraction.

Le montant de la sanction pécuniaire infligée par le Ministre doit être fixé compte tenu de la gravité des faits reprochés et de l'importance des dommages causés à l'économie, ainsi que de la situation financière et de la dimension de l'entreprise ou de la personne morale intéressée. Il ne peut...

... Commission.

Alinéa conforme.

Alinéa conforme.

Alinéa conforme.

Texte du projet de loi n° 2388
modifié par la lettre rectificative n° 2754.

par extrait dans les journaux ou publications qu'il désigne et affichée dans les lieux qu'il indique ;

« — prescrire l'insertion du texte intégral de sa décision dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire. »

« Art. 54. — Lorsqu'une entreprise ou une personne morale a méconnu l'une des prohibitions édictées à l'article 50 ci-dessus sans que les pratiques relevées à son encontre aient été justifiées par les dispositions de l'article 51, le Ministre chargé de l'Economie peut, même s'il estime ne pas devoir lui infliger une sanction pécuniaire en application de l'article 53, lui enjoindre de se conformer, dans un délai déterminé, aux prescriptions particulières qu'il édicte en vue de rétablir l'état de concurrence antérieur ou de faire entrer les pratiques en cause dans le champ d'application du 2° de l'article 51.

« En outre, en cas d'infraction à la prohibition édictée au dernier alinéa de l'article 50 le Ministre chargé de l'Economie conjointement avec le Ministre dont relève le secteur économique concerné, peut, par arrêté motivé et dans les limites de l'avis de la Commission de la concurrence, enjoindre à l'entreprise ou au groupe d'entreprises :

« — de modifier, de compléter ou même de résilier dans un délai déterminé les actes et conventions par les moyens desquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis l'infraction même si ces actes ou conventions ont fait l'objet de la procédure prévue en matière de contrôle de la concentration économique ;

« — de prendre toute disposition de nature à rétablir soit la situation de droit antérieure, soit une concurrence suffisante.

« Si les injonctions prononcées en application du présent article ne sont pas respectées, le Ministre chargé de l'Econo-

Texte adopté par l'Assemblée Nationale

« Art. 54. — Lorsque la Commission de la concurrence a estimé qu'une entreprise ou une personne morale...

... par les dispositions de l'article 51, le Ministre chargé de l'Economie peut, par décision motivée, lui enjoindre de se conformer...

... de l'article 51.

« En cas d'infraction à la prohibition édictée...

... d'entreprises :

Alinéa conforme.

Alinéa conforme.

Alinéa conforme.

Propositions de la Commission

Alinéa conforme.

« Art. 54. — Alinéa conforme.

Alinéa conforme.

« — de modifier...

... les actes, conventions et opérations juridiques par les moyens...

... si ces actes, conventions ou opérations juridiques ont fait...

... économique ;

Alinéa conforme.

Alinéa conforme.

Texte du projet de loi n° 2388
modifié par la lettre rectificative n° 2754.

...
mie peut, pour ce motif, prononcer une sanction pécuniaire dans les conditions et dans les limites fixées à l'article 53. »

« Art. 55. — Par dérogation aux dispositions de l'article 53, le Ministre chargé de l'Economie peut infliger dans les conditions précisées ci-après une sanction pécuniaire à une ou plusieurs entreprises ou personnes morales pour des faits qui ont été consignés ou constatés selon les modalités fixées au deuxième alinéa de l'article 52 et dont il estime qu'ils constituent une infraction aux prescriptions de l'article 50, sans être justifiés par les dispositions de l'article 51.

« Après avoir communiqué ses griefs aux entreprises ou personnes morales en cause et recueilli leurs observations sur ces griefs, le Ministre consulte le Président de la Commission de la concurrence. Le dossier qu'il lui transmet comprend la communication des griefs, les observations des intéressés et un projet de décision indiquant les motifs et le montant des sanctions envisagées.

« Si le Président de la Commission estime inutile de saisir la Commission, le Ministre peut, par décision motivée, infliger une sanction pécuniaire n'excédant pas 100.000 F à chaque entreprise ou personne morale auteur d'une infraction.

« Dans le cas contraire, il est fait application des dispositions des articles 52, 53 et 54. »

« Art. 56. — Les décisions ministérielles prises en application des articles 53, 54 et 55 sont publiées au *Bulletin officiel* du service des prix. Ces décisions peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction. »

« Art. 57. — Il est procédé au recouvrement des sanctions pécuniaires prévues à la présente section comme en matière d'impôts directs. »

Texte adopté par l'Assemblée Nationale

Alinéa conforme.

Alinéa conforme.

« Si le Président de la Commission estime inutile de saisir la Commission, et à la condition que l'une des parties en cause ne demande pas le bénéfice de la procédure de l'article 53, auquel cas celle-ci est de droit, le Ministre peut, par décision motivée,...

... infraction.

Alinéa conforme.

« Art. 56. — Les décisions ministérielles prises en application des articles 52 à 55 sont publiées au *Bulletin officiel* du service des prix.

« Les décisions ministérielles prises en application des articles 53, 54 et 55 peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'Etat. »

« Art. 57. — Conforme.

Propositions de la Commission

« Art. 55. — Alinéa conforme.

Alinéa conforme.

Si le Président estime inutile de saisir la Commission, le Ministre peut, par décision motivée, infliger une sanction pécuniaire n'excédant pas 100.000 F à chaque entreprise ou personne morale auteur d'une infraction. Toutefois si l'une des parties en cause demande le bénéfice de la procédure de l'article 53, celle-ci est de droit.

Si le Président estime que la Commission doit être saisie, il est fait application des dispositions des articles 52, 53 et 54.

« Art. 56. — Conforme.

« Art. 57. — Conforme.

Texte du projet de loi n° 2388
modifié par la lettre rectificative n° 2754.

« Art. 58. — La prescription de l'action publique est interrompue dans les conditions du droit commun, notamment par la rédaction de procès-verbaux d'infraction dans les conditions prévues au Livre II de l'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945, ainsi que par la saisine de la Commission de la concurrence. »

« Art. 59. — La transmission du dossier au Parquet, en application du sixième alinéa de l'article 52, et la publication des décisions ministérielles prises en application des articles 53, 54 et 55 permettent l'exercice dans les conditions de droit commun 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. »

Art. 22.

Les juridictions répressives d'instruction ou de jugement peuvent demander l'avis de la Commission de la concurrence sur les pratiques anticoncurrentielles relevées dans les affaires dont elles sont saisies.

La procédure devant la Commission de la concurrence est régie par les dispositions de l'article 52 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix.

Les avis émis en application du présent article ne peuvent être publiés qu'après qu'une décision de non-lieu a été prise ou un jugement sur le fond rendu.

Art. 23.

Les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 45 de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat sont abrogées.

Texte adopté par l'Assemblée Nationale

« Art. 58. — La prescription de l'action publique est interrompue dans les conditions du droit commun, y compris par la rédaction des procès-verbaux visés au deuxième alinéa de l'article 52, ainsi que par la saisine de la Commission de la concurrence. »

« Art. 59. — La transmission du dossier au Parquet, en application du sixième alinéa de l'article 52, permet l'exercice dans les conditions de droit commun 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. »

Art. 22.

Les juridictions répressives d'instruction ou de jugement, les juridictions civiles ou commerciales, ainsi que, le cas échéant, les juridictions administratives, peuvent demander l'avis de la Commission de la concurrence sur les pratiques anticoncurrentielles relevées dans les affaires dont elles sont saisies. Cet avis doit être obligatoirement demandé par la juridiction d'instruction saisie en vue de l'application de l'article 419-2° du Code pénal.

Alinéa conforme.

Alinéa conforme.

Art. 23.

Conforme.

Propositions de la Commission

« Art. 58. — Conforme.

« Art. 59. — La transmission du dossier au Parquet, en application du septième alinéa de l'article 52, et la publication des décisions ministérielles prises en application des articles 53, 54 et 55 permettent l'exercice dans les conditions de droit commun 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. »

Art. 22.

Les juridictions...

... sont saisies.

Alinéa conforme.

Alinéa conforme.

Art. 23.

Conforme.

Texte du projet de loi n° 2388
modifié par la lettre rectificative n° 2754.

Texte adopté par l'Assemblée Nationale

Propositions de la Commission

TITRE III
DISPOSITIONS DIVERSES
OU TRANSITOIRES

TITRE III
DISPOSITIONS DIVERSES
OU TRANSITOIRES

TITRE III
DISPOSITIONS DIVERSES
OU TRANSITOIRES

Art. 24.

Art. 24.

Art. 24.

Un décret en Conseil d'Etat déterminera les conditions d'application de la présente loi.

Conforme.

Conforme.

Art. 25.

Art. 25.

Art. 25.

Le titre premier de la présente loi entrera en vigueur à la date de publication du décret prévu à l'article précédent qui devra intervenir dans un délai de six mois.

Conforme.

Le titre premier...

Art. 26.

Art. 26.

Art. 26.

Les dispositions du titre premier ci-dessus ne sont applicables qu'aux actes et conventions passés ou conclus postérieurement à la date de publication de la présente loi.

Alinéa conforme.

... six
mois à compter de la publication de la
présente loi.

Les dispositions...
... aux actes,
conventions et opérations juridiques pas-
sées...
présente loi.

Pour ceux de ces actes et conventions qui seront passés ou conclus avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi, la déclaration prévue à l'article 6 pourra être faite dans un délai de trois mois à compter de cette dernière date.

Pour ceux de ces actes, conventions et
opérations juridiques qui seront...

Alinéa conforme.

... datc.

Art. 27.

Art. 27.

Art. 27.

La commission technique des ententes et des positions dominantes telle qu'elle est constituée en application du décret n° 68-1027 du 23 novembre 1968 modifié par le décret n° 69-866 du 29 août 1969 exercera les compétences dévolues à la commission de la concurrence par la présente loi jusqu'à l'installation de cette commission.

Conforme.

Conforme.

AMENDEMENTS PRÉSENTÉS PAR LA COMMISSION

Article premier bis (nouveau).

Amendement : Rédiger le deuxième alinéa de cet article comme suit :

« — d'un président nommé par décret pour une durée de six ans ; »

Amendement : Compléter le quatrième alinéa de cet article par les mots :

« une fois. »

Article 2.

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

« Peut être soumis à contrôle tout acte, convention ou opération juridique ayant pour objet de réaliser une concentration d'entreprises ou étant de nature à entraîner les mêmes effets qu'une concentration, s'il en résulte qu'une concurrence suffisante ne puisse plus s'exercer sur le marché national. »

Amendement : Rédiger le troisième alinéa de cet article comme suit :

« — pour l'ensemble des entreprises concernées, 35 % de la consommation nationale, s'il s'agit de biens ou services de même nature ou substituables ; »

Amendement : Rédiger la fin du cinquième alinéa de cet article comme suit :

« ...ou qui en sont l'objet et celles dont l'activité est économiquement déterminée par les entreprises comprises dans la concentration. »

Amendement : Compléter le sixième alinéa de cet article par la phrase suivante :

« En cas de notification d'un projet d'acte, de convention ou d'opération juridique dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article 6 de la présente loi, l'année civile de référence est celle précédant cette notification. »

Amendement : Rédiger la dernière phrase du septième alinéa de cet article comme suit :

« L'évaluation de cette contribution tient compte de la compétitivité des entreprises concernées au regard de la concurrence internationale. »

Article 6.

Amendement : Rédiger le début du premier alinéa de cet article comme suit :

« La notification au ministre chargé de l'Economie de projets... » (*Le reste sans changements.*)

Amendement : Rédiger le début du deuxième alinéa de cet article comme suit :

« Faute de notification, le Président de la Commission de la concurrence, agissant d'office,... » (*Le reste sans changement.*)

Amendement : Rédiger le troisième alinéa de cet article comme suit :

« Les mêmes recherches peuvent être engagées par le ministre chargé de l'Economie soit à son initiative soit à la demande du Ministre dont relève le secteur intéressé. Le ministre chargé de l'Economie informe aussitôt le Président de la Commission de la concurrence de l'engagement de ces recherches ; il lui communique les conclusions de l'enquête ainsi que les documents qui ont servi à étayer lesdites conclusions. »

Article 7.

Amendement : Rédiger la fin du deuxième alinéa de cet article comme suit :

« ..., sauf en cas de non-exécution des engagements dont elle est éventuellement assortie. »

Article 8.

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

« La Commission de la concurrence examine les actes, conventions et opérations juridiques qui lui sont soumis par le ministre chargé de l'Economie. »

Amendement : Rédiger la fin du deuxième alinéa de cet article comme suit :

« ..., selon des modalités fixées par le décret visé à l'article 24 de la présente loi. »

Article 9.

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

« Le ministre chargé de l'Economie et le ou les Ministres dont relève le secteur économique concerné peuvent, par arrêté motivé et dans les limites de l'avis de la Commission de la concurrence, enjoindre aux entreprises de prendre, dans un délai déterminé, une des mesures suivantes :

- « — soit ne pas donner suite au projet d'acte, de convention ou d'opération juridique,
- « — soit rétablir la situation de droit antérieure,
- « — soit modifier ou compléter l'acte, la convention ou l'opération juridique,
- « — soit prendre toute mesure propre à assurer ou à rétablir une concurrence suffisante. »

Amendement : Rédiger le début du deuxième alinéa de cet article comme suit :

« Les ministres visés à l'alinéa précédent peuvent également, dans les mêmes conditions, subordonner... » (*Le reste sans changement.*)

Amendement : Rédiger le dernier alinéa de cet article comme suit :

« Les décisions prises en application du présent article ne peuvent intervenir qu'après que les intéressés ont été mis à même de produire leurs observations. »

Article 10 bis (nouveau).

Amendement : Supprimer cet article.

Article 15.

Amendement : Rédiger la fin de cet article comme suit :

« ... dans les conditions et les limites prévues aux articles 53, 54, 56 et 57 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix. »

Article 16 bis (nouveau).

Amendement : A la troisième ligne du premier alinéa de cet article, remplacer les mots :

« ... les enquêtes visées au deuxième alinéa de l'article 6... »

par les mots :

« ... les enquêtes visées à l'article 6... »

Article 20.

Amendement : Au paragraphe III, aux onzième et douzième lignes du texte proposé pour compléter le quatrième alinéa de l'article 52 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945, remplacer les mots :

« elle peut décider qu'il n'y a pas lieu »,

par les mots :

« elle peut conclure, par décision motivée, qu'il n'y a pas lieu ».

Article 20 bis (nouveau).

Amendement : Rédiger comme suit le début de cet article :

« Le décret en Conseil d'Etat visé à l'article 24 de la présente loi précisera... » (*Le reste sans changement.*)

Article 21.

Amendement : Dans le texte proposé pour le second alinéa de l'article 53 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945, remplacer :

« 10 % »,

par :

« 5 % ».

Amendement : Rédiger ainsi la première phrase du texte proposé pour le troisième alinéa de l'article 53 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 :

« Le montant de la sanction pécuniaire infligée par le Ministre doit être fixé compte tenu de la gravité des faits reprochés et de l'importance des dommages causés à l'économie, ainsi que de la situation financière et de la dimension de l'entreprise ou de la personne morale intéressée. »

Amendement : Dans le texte proposé pour le troisième alinéa de l'article 54 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945, remplacer les mots :

« les actes et conventions »

par les mots :

« les actes, conventions et opérations juridiques ».

et les mots :

« ces actes ou conventions »

par les mots :

« ces actes, conventions ou opérations juridiques ».

Amendement : Rédiger ainsi les troisième et quatrième alinéas du texte proposé pour l'article 55 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 :

« Si le Président estime inutile de saisir la Commission, le Ministre peut, par décision motivée, infliger une sanction pécuniaire n'excédant pas 100.000 F à chaque entreprise ou personne morale auteur d'une infraction. Toutefois si l'une des parties en cause demande le bénéfice de la procédure de l'article 53, celle-ci est de droit.

« Si le Président estime que la Commission doit être saisie, il est fait application des dispositions des articles 52, 53 et 54. »

Amendement : Rédiger le texte proposé pour l'article 59 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 de la façon suivante :

« La transmission du dossier au Parquet, en application du septième alinéa de l'article 52, ou la publication des décisions ministérielles prises en application des articles 53, 54 et 55, permettent l'exercice, dans les conditions de droit commun, 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. »

Article 22.

Amendement : Supprimer la dernière phrase du premier alinéa de cet article :

Article 25.

Amendement : Compléter le texte de cet article par les mots :

« ... à compter de la publication de la présente loi. »

Article 26.

Amendement : Au premier alinéa de cet article, remplacer les mots :

« actes et conventions »

par les mots :

« actes, conventions et opérations juridiques ».

ANNEXE

Audition de M. Claude LASRY,

Président de la Commission technique des ententes et des positions dominantes.

Le 22 juin 1977, la Commission sénatoriale des Affaires économiques et du Plan a entendu M. Claude Lasry, conseiller d'Etat, président de la Commission technique des ententes et des positions dominantes, sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites.

Evoquant le rôle joué par la Commission technique des ententes dans la préparation de ce texte, M. Lasry a fait état des imperfections qu'elle avait relevées dans le système français de prévention des atteintes à la concurrence et, notamment, l'alternative du tout ou rien : la poursuite devant les tribunaux ou la simple admonestation sans suite par le ministre de l'Economie et des Finances.

Il a signalé que les principes de fond n'étaient pas modifiés mais que, seule, la procédure de répression allait changer ; il a précisé les nouveaux pouvoirs dévolus à la Commission devenue « Commission de la concurrence », en insistant sur la possibilité qui lui est reconnue de proposer des sanctions pécuniaires qui limitent les pouvoirs du Ministre ; il a ajouté que le Conseil d'Etat pourrait être saisi d'un recours de pleine juridiction contre ces sanctions.

Il a montré ensuite que le second volet important du projet est de prévoir un contrôle des concentrations d'entreprises, en indiquant qu'il s'est agi notamment de tenir compte d'un projet en préparation à Bruxelles.

En ce qui concerne les concentrations, M. Lasry a mis l'accent sur les inconvénients des deux méthodes extrêmes : contrôle a priori et a posteriori. Puis, il a exposé la solution intermédiaire qui a été choisie, c'est-à-dire une notification facultative : si dans les trois mois suivant la conclusion de l'acte, la Commission n'a pas été saisie, le projet ne peut plus être remis en cause, sauf si les entreprises ne respectent pas les engagements qu'elles ont souscrits. Il a souligné que les entreprises qui ne se seront pas soumises à cette procédure prendront le risque du contrôle a posteriori et donc d'un démantèlement éventuel.

M. Lasry a ensuite justifié les pourcentages de concentration retenus pour définir le champ d'application de la loi pour chaque type de concentration en précisant leurs modalités de calcul : c'est le chiffre d'affaires total, y compris les exportations, qui avait été retenu, au départ, pour caractériser la puissance globale de l'entreprise ; il a précisé que l'exclusion des exportations par l'Assemblée nationale restreignait le champ d'application de la future loi.

Enfin, M. Lasry a mis l'accent sur l'extension de compétence de la nouvelle commission et évoqué le renforcement de la garantie des droits des entreprises.

En réponse aux questions de M. Bajoux, rapporteur du projet de loi, M. Lasry a déclaré qu'il n'était pas trop tard et que, si beaucoup de concentrations étaient du domaine du passé, il s'agissait généralement des bonnes concentrations ; il a ajouté que ces dernières seraient généralement plus rares dans l'avenir. Ensuite, il a indiqué que les conditions d'exercice de son activité empêchaient bien souvent la Commission de recourir à des études approfondies de caractère scientifique. Enfin, en ce qui concerne le taux, il a fait état de ses convictions personnelles, selon lesquelles la bonne fourchette se situe entre 33 % et 40 %, en soulignant les dangers que pourraient faire courir à l'efficacité du contrôle, la fixation d'un seuil trop bas qui « engorgerait » la Commission.

Répondant enfin à MM. Chauty et Laucournet, M. Lasry a d'abord fait remarquer que l'économie française comportait un important secteur public ou semi-public et que c'est dans le secteur de l'économie de marché qu'il faut faire régner la concurrence. Au sujet du rachat des entreprises françaises par des firmes étrangères, il a regretté que le projet de loi ne permette pas d'y parer, en insistant cependant sur le fait que la Commission de la concurrence avait une plus grande possibilité d'initiative qu'un organe juridictionnel.

Revenant sur le problème du niveau des seuils de compétence, M. Lasry a indiqué que certaines ententes sur des très petits marchés pouvaient être particulièrement néfastes et donc qu'il ne serait pas souhaitable de subsister un seuil en valeur absolue — montant du chiffre d'affaires ou effectifs du personnel — à un seuil en pourcentage. Il a ajouté que l'Etat disposait d'autres moyens de contrôle assez efficaces, même au-dessous du seuil, au moyen des prêts du F.D.E.S., notamment.