



HAL
open science

Le nouveau contrôle français des opérations de concentration, Une originalité regrettable ?

Laurence Boy, Josef Drexl

► To cite this version:

Laurence Boy, Josef Drexl. Le nouveau contrôle français des opérations de concentration, Une originalité regrettable ?. J. Drexl. Technology and competition, Technologie et concurrence, Contributions in honour of, Mélanges en l'honneur de Hanns Ullrich, Larcier, pp.780, 2009. hal-00721481

HAL Id: hal-00721481

<https://hal.science/hal-00721481>

Submitted on 1 Aug 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le nouveau contrôle français des opérations de concentration,
Une originalité regrettable ?

Laurence Boy

Professeur à l'Université de Nice Sophia Antipolis

CREDECO/GREDEG UMR 6227

CNRS/INRA

L'un des piliers de la réforme du droit interne de la concurrence en France repose sur la création de l'Autorité de la concurrence¹ dont les pouvoirs sont sensiblement élargis par la loi « Modernisation de l'Economie » du 4 août 2008. Cette loi, dite LME, est constituée de quatre grands volets visant à mobiliser les entrepreneurs (titre Ier), la concurrence (titre II), l'attractivité (titre III) et les financements (titre IV)². La création d'une Autorité de concurrence, destinée à remplacer le Conseil de la concurrence a été présentée comme un point clé de la LME³. Le projet de loi affichait sa filiation à l'égard du rapport rendu par la Commission pour la libération de la croissance française présidée par J. Attali, laquelle entendait proposer d' « établir une autorité unique et indépendante »⁴ à l'instar des autres autorités de concurrence. C'est semble-t-il l'une des rares propositions de la Commission Attali à avoir donné lieu à une mesure concrète : la création d'un régulateur⁵ unique en matière de concurrence. Derrière cette question technique l'enjeu est capital puisqu'il en va non seulement de la façon dont l'Etat lutte contre les pratiques anticoncurrentielles mais régule ces pratiques et les opérations de concentration.

L'idée maîtresse était de mettre fin à un système bicéphale devenu obsolète où l'administration, sous la houlette du Ministre en charge de l'Economie, mène les enquêtes et

¹ Article L461-1 et s. du Code de commerce issus de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 (art.95) et de l'ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008.

² C. Vilmart et E. Leguin, La loi de modernisation de l'économie : une tentative encore inachevée de modernisation du droit français de la concurrence, *JCP E* 2008, 1997 ; V. M. Chagny, Une (r)évolution du droit de la concurrence ?, *JCP* 2008, I, 196 ; J.L. Fourgoux, La loi du 4 août 2008, une révolution prometteuse mais ténébreuse, *Gaz. Pal.* 14-16 sept. 2008, p. 2.

³ M. Debroux, La création d'une Autorité de la concurrence aux compétences élargies : une réforme majeure et quelques scories, *Contrats, Conc., consom.*, 2008, alerte, 45 ; D./ Bosco, La nouvelle Autorité de la concurrence, *Contrats, Conc., consom.*, nov. 2008, n° spécial, p. 27.

⁴ *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, Doc. Fr., p. 140.

⁵ Sur la notion de régulation de la concurrence : L. Boy, L'ordre concurrentiel, essai de définition d'un concept, in *L'ordre concurrentiel*, *Mélanges A. Pirovano*, éd. Frison-Roche, 2003, p. 23 ; B. Lasserre, *Rapport du Conseil de la concurrence pour l'année 2007*.

contrôle la concurrence tandis que l'autorité indépendante décide des sanctions et régule, depuis quelques années, la concurrence⁶. Avec cette nouvelle Autorité, la régulation française doit devenir plus conforme aux normes européennes. Pourtant, avant même sa création, L'Autorité de concurrence a suscité des doutes quant à son efficacité⁷ et surtout quant à son indépendance. Autorité Administrative Indépendante⁸, la nouvelle Autorité semble le parent pauvre des A.A.I. dont les services ont à faire face à de puissants groupes défendus par de grands cabinets d'avocats et d'experts. La réforme laisse subsister au profit du Ministre des pouvoirs « résiduels » importants, notamment avec la création des micro-PAC (micro-pratiques anticoncurrentielles)⁹. La loi marque enfin un retrait sensible des hauts magistrats¹⁰. Encore une fois, derrière un aspect technique, se dessine la menace d'une politisation accrue du droit de la concurrence, politisation d'autant plus à craindre que les procédures de transaction et d'engagements, heureusement développées ces dernières années par un Conseil totalement indépendant, peuvent alimenter une fâcheuse tendance aux compromis¹¹.

Le droit de la concentration a été et est sans doute le lieu de confluence entre le droit de la concurrence et le droit de la régulation. Il associe d'une part l'analyse *a priori*/*« prospective a posteriori »* serait-on tenté de dire (l'analyse prospective doit en effet anticiper sur une éventuelle pratique anticoncurrentielle), analyse en termes de structures et de comportements. D'autre part et enfin, c'est en matière de concentration que sont d'abord apparus les engagements qui permettent précisément de réguler la concurrence. A cet égard la réforme opérée par la LME relativement au contrôle des opérations de concentration constitue une innovation remarquable. « Elle transfère au collège... une compétence décisionnelle complètement nouvelle en matière de contrôle des concentrations... Cette réforme permet à la régulation de gagner en cohérence et en efficacité en réunissant le contrôle des concentrations

⁶ Comme le relevait B. Lasserre, Président du Conseil de la concurrence, ces dernières années ont vu la montée en puissance des Autorités Administratives Indépendantes et des procédures de clémence. En effet, l'ensemble des règles du droit de la concurrence (sanctions, clémence, engagements, injonctions) est mobilisé non seulement pour contrôler la concurrence mais la construire, y compris en matière horizontale et non sectorielle : L. Boy, Réflexions sur « le droit de la régulation », *Dalloz 2001*, Chr. 3031 ; D. Kling, Clémence et transaction en matière de concurrence, *Gaz. Pal.* N° 287 et 288, 14 et 15 oct. 2005, p. 5.

⁷ W. Kalinowski, Autorité de la concurrence : indépendante oui, mais efficace ?, *Alternatives Economiques*, 21 mai 2008.

⁸ « Cette précision est paradoxalement suspecte », Mouvement démocrate, 27 juin 2008, [<http://www.Mouvementdémocrate.fr>]

⁹ Décret n°2009-140 du 10 février 2009. Pour une vive critique de cette institution, voir notamment : L. Idot, Table ronde « Loi de modernisation de l'économie », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, juillet-août 2008, p. 11. « La notion de 'micro-pratiques', fondées sur un seul seuil en chiffres d'affaires, est une aberration sur le plan juridique ».

¹⁰ Ils ne sont plus que 6 au lieu de huit et ont perdu le droit de présenter les personnalités choisies en raison de leur compétence (5 au lieu de 4).

¹¹ Mouvement démocrate, 27 juin 2008, [<http://www.Mouvementdémocrate.fr>]

et celui des pratiques anticoncurrentielles en assurant une unité d'approche, que ce soit au stade du diagnostic concurrentiel..., du pronostic..., ou du suivi »¹².

Le nouveau dispositif est tellement important que certains n'ont pas hésité à écrire que la loi se mesurera à long terme à la capacité de l'Autorité de la concurrence à « sanctionner les abus de structures, à travers l'abus de domination, et à déconcentrer, dans les zones de chalandises où la concurrence est insuffisante »¹³.

Pour prendre la mesure du changement opéré en 2008, il faut rappeler les enjeux attachés à ce contrôle tardif tant en droit interne que communautaire parce que toujours politique quoique de plus en plus rationalisé et « technicisé ».

Il a donc fallu attendre la loi du 4 août 2008 pour qu'enfin la France abandonne le contrôle politique des opérations de concentration lequel était confié au Ministre en charge de l'économie. Dès l'origine, le contrôle des opérations de concentration a été considéré en France¹⁴ et dans l'espace communautaire comme un élément de la politique économique des pouvoirs publics intimement lié à la nécessité de construire des champions nationaux ou européens. En Europe, les enjeux politiques se sont cristallisés dès le départ sur les seuils communautaires. Le premier règlement est tardif¹⁵. Il est le fruit d'un difficile compromis adopté par le Conseil, organe avant tout politique, compromis qui s'est fait sur la base de seuils communautaires extrêmement élevés laissant aux diverses autorités nationales le soin d'autoriser généralement la constitution d'opérateurs économiques puissants¹⁶. Pendant des années la Commission a tenté de faire abaisser les niveaux des seuils communautaires, en vain, les autorités nationales s'entendant pour garder la mainmise sur grand nombre d'opérations de concentration¹⁷. La question technique des seuils dissimulait en réalité le combat « champions nationaux » contre « champions européens » dont est en charge la Commission¹⁸. En France, le poids traditionnel du colbertisme lié au capitalisme familial

¹² B. Lasserre, Interview, La nouvelle Autorité de la concurrence, *Concurrences*, 2009, n° 1, p. 5.

¹³ Ch. Vilmart, Table ronde « Loi de modernisation de l'économie », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, juillet-août 2008, p. 10

¹⁴ La loi du 19 juillet 1977 constitue l'acte de naissance d'une véritable politique de concurrence avec un premier régime des concentrations. Celui-ci est resté très timide car la Commission de la concurrence n'a rendu que 8 avis entre 1977 et 1986. G. Cerutti, Bilan et perspectives du contrôle français des concentrations, *Concurrences* 2006, n° 3, p. 50.

¹⁵ Règlement n° 4064/89 du Conseil, 21 décembre 1989, *JOCE* n° L 395, 30 déc. 1989.

¹⁶ A. Pappalardo, Le règlement CEE sur le contrôle des concentrations, *RIDE* 1990, n° 1, p. 5. L'auteur relève que la première proposition de la Commission remontait à 1966 (*Memorandum sur Le problème de la concentration dans le marché commun*).

¹⁷ Depuis le début de l'intégration communautaire, on a assisté à une augmentation ininterrompue du degré de concentration dans tous les secteurs, les entreprises craignant de ne pas détenir la « masse critique ».

¹⁸ Cette dernière, en principe autorité technique de contrôle, a un rôle éminent en matière de politique de la concurrence, la Cour de Justice de Communautés européennes ayant affirmé très vite qu'elle se cantonnait à un

explique sans doute les origines du système qui confie le contrôle des concentrations au Ministre en charge de l'Economie. La réforme de 1986 n'avait pas véritablement amélioré le bilan et c'est finalement la loi NRE qui a mis en partie notre droit en harmonie avec le droit communautaire en mettant en place un contrôle non plus facultatif mais systématique des concentrations. Devant les critiques adressées au système d'administration et non de « droit » de la concentration et compte tenu de l'existence d'un contrôle communautaire technique confié à la Commission, le projet de loi NRE de 2001 avait envisagé de transférer ce contrôle interne du Ministre au Conseil de la concurrence. Finalement le gouvernement recula et persévéra dans la voie d'un contrôle politique, tout en renforçant le pouvoir du Conseil dans l'hypothèse de doute sérieux de l'opération au regard de la concurrence.

C'est donc la loi du 4 août 2008 qui opère enfin la rupture : Selon l'article L. 430-3 du Code de commerce, « l'opération de concentration doit être notifiée à l'Autorité de concurrence avant sa réalisation ». L'article L. 430-4 précise que « la réalisation effective d'une opération de concentration ne peut intervenir qu'après l'accord de l'Autorité de la concurrence ou, lorsqu'il a évoqué l'affaire dans les conditions prévues à l'art L. 430-7-1, celui du ministre chargé de l'économie ». Paradoxalement, l'aménagement des compétences entre la nouvelle Autorité de concurrence et le Ministre, loin de mettre fin définitivement au dualisme du système français et à la prééminence des « intérêts généraux » sur les effets anticoncurrentiels de certaines opérations de concentration, risque de rendre le contrôle encore plus politique que par le passé. En outre, la nouvelle articulation entre les pouvoirs du Ministre et ceux de l'Autorité de concurrence ne va pas manquer de soulever difficultés inédites en ce qui concerne le suivi des engagements dont on sait qu'ils sont quasiment systématiques en matière de contrôle des opérations de concentration.

I. Une véritable Autorité de la concurrence pour les opérations de concentration ?

1986 marque la naissance d'un véritable « droit » de la concurrence en France avec la création du Conseil de la concurrence doté des véritables pouvoirs de décision et de sanctions en

contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, laissant à l'autorité technique l'opportunité du contrôle. D. Théophile et H. Parmentier, L'étendue du contrôle juridictionnel dans le contentieux du contrôle des concentrations en droits interne et communautaire, *Concurrences*, 2006, n° 1, p. 39. Cause potentielle de distorsion de concurrence, la concentration est désormais considérée comme étant avant tout facteur de progrès tant par les autorités communautaires qu'américaines (*Mergers guidelines* de 1984).

matière de pratiques anticoncurrentielles¹⁹. Néanmoins, jusqu'à la réforme de 2008, le Conseil de la concurrence ne se penchait, en matière de concentration, que sur de rares cas : ceux faisant l'objet d'une phase d'examen approfondi, dite phase II, lorsqu'il y en avait une²⁰. L'essentiel du contrôle appartenait au Ministre en charge de l'économie ou aux ministres concernés (secteur par secteur). « La LME manifeste, de façon on ne peut plus claire, le choix politique du Parlement et du gouvernement, qui a consisté, après mûre réflexion, à abandonner notre vieux système dualiste au profit d'une autorité de concurrence unique »²¹. A des organes distincts chargés théoriquement des fonctions d'instruction, pour l'un, et de décision, pour l'autre - encore que le Ministre décidait pour l'essentiel des concentrations -, se substitue une autorité unique de surveillance et de régulation.

A. Un contrôle originel principalement administratif des concentrations.

Entre 2002 et 2005, le Ministre, c'est-à-dire la DGCCRF, a rendu 596 décisions de concentration dont 32 décisions sous réserve d'engagements et deux sous réserve d'injonctions. Aucune opération n'a par ailleurs été interdite depuis 2002, date du régime de notification obligatoire. C'est dire que la phase I d'examen jouait le rôle essentiel de filtre entre les dossiers qui ne poseraient « manifestement » pas de difficultés en termes de concurrence et ceux qui nécessitaient un examen approfondi par le Conseil²². Pour l'année 2005, quatre dossiers ont fait l'objet d'un examen approfondi, deux l'ont fait pour l'année 2006. En 2007 aussi, seules deux opérations ont donné lieu à la phase II. On justifiait cette rare saisine du Conseil par le fait que les affaires en question, soit soulevaient des problèmes de concurrence irrésolus en phase I par des engagements, soit nécessitaient le nécessaire examen approfondi de leurs effets. La concentration peut non seulement conduire à un renforcement d'une position dominante²³, ce qui est relativement facile à apprécier, mais produire des effets verticaux ou congloméraux lesquels nécessitent parfois une évaluation extrêmement délicate qui était confiée pour avis au Conseil²⁴. Très souvent cependant, le

¹⁹ Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986. G. Canivet, 20 ans d'applications de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 par la Cour de cassation, *Rev. Lamy Concurrence* 2007/10, n°725 ; V. Sélinisky, 20 ans d'application de droit anti-trust en France, *Rev. Lamy Concurrence* 2007/10, n° 727.

²⁰ G. Cerutti, *Concurrences* 2006, n°1, précité, p. 53.

²¹ B. Lasserre, interview précitée.

²² *Ibid.*

²³ L. Idot, Le nouveau règlement CE sur les concentrations, *Europe* 2004, chr. N°3 ; F. Brunet et I. Girgenson, La double réforme du contrôle communautaire des concentrations, *RTDE* 2004, p. 1.

²⁴ Sur les années 2005 et 2006, le Ministre a pratiquement toujours suivi le sens des avis du Conseil de la concurrence en matière de concentration : Min. Eco., 21 fév. 2005, *Boiron/Dolisos*, aff. C2004-114, *BOCCRF* n°

Ministre s'est estimé compétent pour apprécier seul les effets unilatéraux de l'opération projetée. Ce test large consiste à apprécier l'ensemble des pertes de bien-être résultant des modifications de prix et de quantités adoptées de façon indépendantes par les entreprises qui restent en concurrence après l'opération de concentration. Il est particulièrement difficile dans certaines hypothèses où le degré de substituabilité des produits ou services se fonde principalement sur une réflexion économique²⁵. Malgré des critiques de praticiens du droit²⁶, on a fait valoir que « l'analyse des effets unilatéraux a permis de compléter utilement les instruments économiques mis à la dispositions des autorités de concurrence (nous dirions du Ministre), tout en conservant un standard de preuve aussi élevé que celui de la position dominante »²⁷. Compte tenu du ratio des décisions ministérielles au regard des décisions rendues sur avis du Conseil, on peut affirmer que le contrôle était pratiquement exclusivement entre les mains de l'autorité politique.

En droit interne, comme en droit communautaire, le contrôle se déroulait donc éventuellement en deux phases, la seconde phase de procédure dite « procédure normale »²⁸ étant exceptionnelle. Le faible nombre de saisines du Conseil en droit interne est, en effet, comparable au nombre de secondes phases ouvertes par la Commission européenne, ou au nombre de saisine de l'*Office of Fair Trading* de la *Competition Commission*, rapporté au nombre total d'affaires examinées par ces autorités²⁹.

Au delà de cet aspect purement quantitatif, il faut faire observer aussi que les engagements ont pu être proposés de plus en plus tôt soit à la Commission européenne³⁰, soit au Ministre

1 du 27 fév. 2006 ; 25 juillet 2005, *Bertelsman/France Handling*, aff. C2004-132, *BOCCRF* n° 6 bis du 22 juin 2006 ; 28 oct. 2005, *Ouest France/Socpresse*, aff./ C2005/18, *BOCCRF* n°11 du 16 déc. 2005.

²⁵ Sur une analyse évidente des effets unilatéraux faite par le Ministre : Min. Eco, 18 novembre 2004, *Lesieur/Puget*, aff. C2004-130, J. Philippe, Concentrations, *Concurrences* 2005, n° 2 p.80. Du fait de la concentration entre Unilever et Puget sur les marques d'huile d'olive, quelle que soit la hausse des prix (marques de distributeurs ou marques de fournisseurs), la grande distribution en profitait au détriment des consommateurs, ce qui nécessitait des mesures correctives structurelles et comportementales. Parfois cette analyse des effets unilatéraux est plus délicate : Min. Eco., 11 fév. 2004, *Bayard/Milan*, aff. C2003/239, *BOCCRF* n° 6 du 15 juin 2004 ; Après avis du Conseil, le ministre autorise la prise de contrôle conjoint d'une société de presse (la société Delaroche) par l'Est républicain et la Banque fédérative, C2007-27, *BOCCRF* n°7 bis du 14 sept. 2007.

²⁶ C. Théophile et I. Simic, L'analyse des effets unilatéraux des opérations de concentration horizontales par les autorités françaises de concurrence, *Contrats, Conc., Conso.* 2006, Etude, p. 27 ; P. Papandropoulos, L'analyse économique des effets unilatéraux des concentrations, *Concurrences*, n° 2-2007, n°13588, pp. 16-22.

²⁷ G. Cerutti, *Concurrences* 2006, n°1, précité, p. 54.

²⁸ A. Decocq et G. Decocq, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, LGDJ, 2005, n°187.

²⁹ Au total la proportion de saisine du Conseil est équivalente à celle des autres autorités de concurrence en Europe et aux Etats-Unis.

³⁰ V. Bertheau, Les engagements dans l'application du contrôle communautaire des concentrations, *RIDE* 2000, n° 3, p. 441. Le règlement n° 1310/97 a consacré plusieurs pratiques de la Commission qui ne reposaient jusque là sur aucun texte, notamment les engagements dans la phase I. L'auteur observe que malgré les problèmes de légalité que posait cette pratique, la Commission et les entreprises s'en étaient accommodées puisqu'aucun recours n'avait été engagé contre cette dernière : op. cit., p.452.

dans la phase I de la part des entreprises³¹. En Europe la pratique des engagements en phase I a été légitimée par le règlement de 1999³². En France, l'inflexion de la pratique décisionnelle du Ministre en matière d'acceptation des engagements date du 2 août 2004. Le Ministre a accepté des engagements susceptibles de « lever de simples doutes, ce qui permet aux parties de gagner du temps en échange d'engagements peut-être plus substantiels que ce qui se serait finalement révélé nécessaire »³³. Cette pratique rapproche le droit français du droit communautaire où la Commission raisonne, elle, en termes de « doutes sérieux » pour accepter des engagements susceptibles de les lever, et ce, sans avoir à démontrer de manière certaine la réalité du problème de concurrence³⁴.

La « similarité d'approche existant entre le Conseil et le Ministre » en matière de concentration pouvait plaider pour le maintien du système. Pourtant, avec la loi nouvelle, il a été jugé plus cohérent de donner à l'instance déjà chargée de la régulation en matière de pratiques anticoncurrentielles le contrôle des opérations de concentration.

B. La transformation du Conseil en Autorité de la concurrence.

Qualifiée expressément par le texte « d'autorité administrative indépendante », l'Autorité de la concurrence est chargée « de veiller au libre jeu de la concurrence et d'apporter son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés » (article L 461-1). Selon B. Lasserre, « ce choix de l'unité est logique, puisque la séparation des fonctions administratives d'instruction et de décision, dérogée par la Cour de cassation dans le cadre des procédures susceptibles de déboucher sur des incriminations et des sanctions, est dépourvue de sens dans le cadre du contrôle des concentrations et des fonctions consultatives de l'Autorité. Dans la mesure où il n'est pas question d'accuser qui que ce soit, et encore moins d'imposer une quelconque sanction, les services chargés de l'examen des dossiers de concentration et des demandes d'avis sont naturellement appelés à travailler en coordination avec l'organe décisionnel – comme c'était déjà le cas dans le cadre de la procédure d'engagements »³⁵. Tous les services sont désormais coordonnés au sein d'une autorité unique, le double regard à charge et à décharge n'intervenant que si est envisagé le recours à une notification de griefs.

³¹ Une quarantaine de décisions d'autorisation ont fait l'objet d'engagements depuis 2002. « C'est dire l'importance qu'ils ont prise dans la pratique décisionnelle du Ministre ». F. Amand, T. Piquereau, *Le suivi des engagements souscrits dans le cadre du contrôle des concentrations en France*, *Concurrences* 2007, n° 4, p. 36.

³² n°4064/89 du 21 déc. 1989, *JO L* 395 du 30 déc. 1989.

³³ *Electric/invision*, aff. C2004-098, *Concurrences* 2004, obs. SM.

³⁴ Art. 6-2 du règlement CE n° 139/2004.

³⁵ B. Lasserre précité.

L'Autorité de la concurrence se voit transférer, dans ce nouveau schéma, les pouvoirs initialement exercés par le ministre en matière de contrôle des opérations de concentration.

- C'est auprès d'elle que l'opération doit être notifiée par les parties, avec cependant information au ministre de l'Economie (art. L 430-3 *in fine*).

- C'est à l'Autorité de la concurrence d'en faire désormais un premier examen (phase I), en tenant compte le cas échéant des engagements présentés par les parties dans les délais prévus (25 jours éventuellement prolongés si des engagements sont proposés). Celle-ci prend position soit pour autoriser l'opération, soit pour engager alors un examen plus approfondi (phase II), toujours avec information au Ministre.

La nouvelle Autorité reçoit le pouvoir d'examiner l'ensemble des opérations de concentration et joue désormais un rôle central. Elle est au cœur de toutes les procédures et a donc vocation à connaître non plus seulement des dossiers qui soulèvent les enjeux concurrentiels les plus importants mais toutes les opérations de concentration. Il ne s'agit plus pour elle de donner éventuellement des avis au Ministre lorsque celui-ci la sollicite mais de recevoir toutes les notifications, d'apprécier si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence et de mener le test de concurrence si nécessaire. C'est l'Autorité de la concurrence qui joue véritablement le rôle méthodologique en matière de concentrations sous réserve, et la réserve nous semble de taille, de l'évocation de l'affaire par le Ministre pour des raisons d'intérêt général.

On le voit immédiatement, le cordon n'est toujours pas coupé avec l'autorité politique et un suivi de près est exercé par le ministre.

- Lors de la phase I qui doit être réglée dans un délai de 25 jours, l'Autorité peut soit autoriser l'opération, éventuellement en subordonnant éventuellement cette autorisation à la réalisation d'engagements (les délais peuvent être suspendus pour les « finaliser »), soit engager la phase d'examen approfondi.

- Lors de l'examen approfondi (phase II), l'Autorité auditionne les parties et se prononce, là encore, au vu des engagements proposés dans le délai de 65 jours. Elle peut soit autoriser l'opération sous réserve éventuellement d'engagements soit l'interdire.

- Un suivi est prévu. En effet, s'il apparaît que l'opération une fois réalisée, est néanmoins génératrice d'une exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, l'Autorité de la concurrence pourra alors enjoindre aux entreprises concernées

de prendre les mesures propres à corriger l'opération initiale (article L430-9 du Code de commerce), comme cela se passait antérieurement³⁶.

L'Autorité de la concurrence prend donc la place autrefois réservée au ministre faisant ainsi passer le contrôle de la sphère du politique à un contrôle technique sur la base d'un bilan économique ou « concurrentiel ». La doctrine insiste sur le caractère purement concurrentiel du bilan³⁷. Observons cependant que le Code dispose : « elle apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence (L430-6, al. 1^{er}), ce qui soulève malgré tout la question de savoir si le bilan est purement concurrentiel ou peut être aussi économique³⁸.

L'unification du droit du contrôle des concentrations au profit de l'Autorité de la concurrence est-elle véritablement réalisée ? On peut en douter de façon générale et tout spécialement en période de crise où la place de l'autorité politique demeure primordiale en France.

II. Un contrôle toujours plus politique des opérations de concentration.

Ce renforcement des pouvoirs de l'Autorité de concurrence dans le contrôle des opérations de concentration traduit, en réalité selon nous, une accentuation du caractère politique du contrôle des opérations de concentration. Le Conseil de la concurrence ne s'y est pas trompé qui dans son avis n° 08-A-05 du 18 avril 2008 faisait observer que le nouveau mécanisme « restaure la liberté du gouvernement, désormais habilité à effectuer un véritable bilan global des concentrations stratégiques en intégrant non seulement le maintien de l'emploi, ou la compétitivité des entreprises comme c'était déjà le cas, mais également d'autres motifs 'd'intérêt général' tels que le développement industriel ».

Si l'Autorité de concurrence se voit consacrée dans une mission de garante de l'ordre public concurrentiel, ceci n'exclut pas l'intervention de l'autorité politique loin de là.

En effet, d'une part, Les nouvelles dispositions du Code de commerce lui retirent les anciens pouvoirs du Conseil de la concurrence de prendre en considération des facteurs non économiques dans l'appréciation des atteintes à la concurrence comme la création ou le maintien de l'emploi ou dans la définition qu'il faisait des mesures de nature à compenser les atteintes à la concurrence (progrès économique et social de l'ancien article L430-7, III). D'autre part et surtout, le nouvel article L 430-7, I organise l'intervention spécifique du

³⁶ Cass. Com. 12 juillet 2004, n° 03-12-409, CGE et SLDE, *Dr. Adm.* 2004, comm. 139, note M. BAZEX.

³⁷ B. Lasserre, L. Idot, interviews, op. cit., p.11 ; M. Bazex précité, p. 25

³⁸ M. Rainelli ? A propos du règlement européen n°139/2004 relatif au contrôle des concentrations des entreprises : une vision sceptique de la prise en compte des gains d'efficacité, *RIDE* 2006, n° 1, p. 45.

Ministre de l'Economie dans le cadre même du contrôle de la concentration. Deux moyens lui sont offerts pour cela. Les motifs de son contrôle sont, en outre, très larges.

A. Les outils du contrôle politique.

Selon l'article L430-7-1, le ministre peut d'abord demander à l'Autorité de la concurrence un examen approfondi de l'opération dans les conditions prévues aux articles L430-6 et L430-7 à l'issue de la phase I. Cette disposition est critiquée par une partie de la doctrine qui y voit une immixtion du ministre dans le bilan strictement concurrentiel³⁹. Surtout, le Ministre peut désormais dans le délai de 25 jours où il a été informé de la décision, évoquer l'affaire et statuer sur l'opération en cause pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence et le cas échéant compensant l'atteinte portée à cette dernière par l'opération. Le vocabulaire utilisé fait irrésistiblement penser à l'Ancien droit où le Roi pouvait « évoquer » une affaire. On sait, en effet, que la reconquête des compétences juridictionnelles des agents royaux s'est faite au milieu du XIIIème siècle avant tout contre les juges seigneuriaux. Les juges royaux et les théoriciens dont Beaumanoir⁴⁰ ont exploité l'idée, découlant de la reconstruction pyramidale du pouvoir royal que « *toute justice est tenue en fief ou en arrière fief du roi* ». De ce fait les justices seigneuriales ont été considérées comme des justices subalternes et subordonnées aux juridictions royales, elles même déléguées et soumises en dernier ressort à la justice retenue du roi. Cette référence, sans doute malencontreuse, donne à penser que le Ministre pourra aisément mettre en avant des motifs d'intérêt général pour non seulement évoquer mais statuer finalement sur les opérations de concentration qu'il souhaite. On observera qu'il ne sera pas toujours aisé de mettre en balance l'atteinte à la concurrence et les intérêts généraux qui justifient son intervention : le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi. Les termes à comparer ne sont pas nécessairement comparables.

C'est dire qu'une opération interdite par l'Autorité sur la base d'un bilan concurrentiel peut parfaitement être autorisée par le ministre sur la base d'intérêts généraux. Dans le flou des textes, les auteurs pensent que le Ministre pourrait même interdire une opération pourtant

³⁹ M. Basex, op. cit., p.26.

⁴⁰ Philippe de Beaumanoir (vers 1250, 7 juin 1296), juriconsulte français fut successivement bailli et jouit de la confiance de Saint-Louis.

validée sur le terrain du bilan concurrentiel⁴¹. En toutes hypothèses, le Ministre peut intervenir pour modifier les engagements. Ce pouvoir est d'autant plus fort que les motifs invoqués par le ministre sont flous.

B. Les motifs de l'intervention du ministre.

Le texte vise des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence (qui relève de l'Autorité à travers le bilan concurrentiel), notamment le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi. Ces dispositions ne manqueront pas de soulever des difficultés à raison de leur interférence avec l'appréciation du bilan concurrentiel confié à l'Autorité de concurrence. Certains se demandent si l'intervention éventuelle du ministre ne risque pas de remettre en cause le bilan concurrentiel de l'Autorité et de faire de celui-ci une instance d'« appel » de l'Autorité, ce qui reviendrait *de facto* à un dualisme censé aboli⁴². Ici encore, on ne peut qu'évoquer l'Ancien Droit. Avec la justice retenue, les justices royales avaient marqué leur supériorité sur les juridictions seigneuriales par trois voies procédurales : elles les avaient subordonnées grâce à l'appel et les avaient concurrencées grâce à la prévention et aux « cas royaux », ces derniers renvoyant étrangement aux motifs d'intérêt général de l'article L430-7-1-II du Code de commerce.

Plus fondamentalement, ces dispositions autorisent un regain de patriotisme économique peu compatible avec le contrôle communautaire. Certes cet intérêt doit être communiqué à la Commission⁴³ mais il y a là un facteur de nationalisme inquiétant.

Le régime des voies de recours en matière de concentration vient corroborer cette présentation de la réforme. On aurait pu s'attendre en effet à ce que les recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence relèvent désormais, comme les décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles, de la Chambre spécialisée de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation. En faveur de cette thèse, on peut faire valoir que ce contrôle, comme celui des pratiques, relève davantage de la régulation (les engagements ont pris naissance en droit des concentrations) que de la sanction. Le contrôle, fondé sur l'analyse prospective des effets

⁴¹ M. Debroux, La création d'une Autorité de la concurrence, *Contrats. Conc. Consom.* 2008, alerte 45.

⁴² R. Saint Esteben, Interviews sur le projet de réforme, *Concurrences*, n° 2-2008, p. 6.

⁴³ JOUE, n° L 20, 29 janvier 2004 ; A. ZACHMANN, *le contrôle communautaire des concentrations*, LGDJ 1994, p. 78 ; J-M COT, Le traitement spécifique des intérêts légitimes et essentiels des Etats membres en droit communautaire de la concurrence, *Rev. Conc. Consom.*, n° 156, p. 54.

unilatéraux, vise avant tout à prévenir d'éventuels abus, c'est-à-dire substantiellement un comportement. Les décisions concernant les opérations de concentration ouvrent la perspective d'une incrimination d'abus de position dominante qui, comme celles qui sont visées à l'article L420-2, sont soumises au contrôle du juge judiciaire. Pourtant, la loi est muette sur ce point et la doctrine s'entend pour confier les voies de recours, en matière de concentration, directement au Conseil d'Etat. L'avantage serait d'unifier le régime des recours qu'il s'agisse des décisions de l'Autorité rendues en matière de contrôle des opérations de concentration ou du Ministre. L'argument nous semble fallacieux. En effet, on peut faire valoir en sens inverse que l'essentiel des décisions de régulation de la concurrence sont soumises en droit interne au contrôle du juge judiciaire. Si une unification s'imposait, c'était d'un point de vue substantiel en faveur des juridictions de l'ordre judiciaire.

Juridiquement le raisonnement en faveur du Conseil d'Etat est donc très formaliste. L'autorité est bien une autorité indépendante mais c'est une autorité administrative. La réforme de 1967 confiant les recours en matière de pratiques anticoncurrentielles au juge judiciaire est présentée comme une exception à la séparation des autorités administratives et judiciaires qui doit donc s'interpréter strictement. En conséquence, le Conseil d'Etat, juge « naturel » de l'autorité administrative, reste compétent⁴⁴. On peut penser que la sensibilité du Conseil d'Etat sera différente de celle de la Cour de cassation, ce dont témoigne déjà les contentieux⁴⁵, ce qui n'est pas souhaitable dans une matière, la régulation de la concurrence, dont on s'accorde à dire qu'elle présente une telle unité qu'elle a justifié la réforme du Conseil de la concurrence en une Autorité unique de la concurrence.

A ces difficultés en termes de recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence s'ajouteront celles liées au suivi des engagements pris par les entreprises en matière de concentration.

II. Un suivi des engagements problématique.

Le nouvel équilibre voulu par la LME veut que le suivi des engagements soit confié à l'Autorité de concurrence, soit à une seule et unique autorité. On ne peut *a priori* que s'en féliciter dans la mesure où cela évite d'éventuels conflits de compétence avec le Ministre. Ce

⁴⁴ CE. Section. 9 avril 1999. *Coca Cola Company*.

⁴⁵ J. Vialens, La mise en œuvre du droit de la concurrence par les juridictions administratives, in *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, 629.

dernier risque cependant de se montrer jaloux de ses prérogatives et un certain nombre de difficultés apparaissent d'ores et déjà.

A. Un suivi unique des engagements.

Le système se veut plus simple que par le passé. Sous l'empire de l'ancien article L430-8-IV, le mécanisme de suivi des engagements en droit interne était assez complexe. S'il estimait que les parties n'ont pas exécuté dans les délais fixés une injonction, une prescription ou un engagement, le ministre chargé de l'économie pouvait saisir pour avis le conseil de la concurrence. C'était donc l'autorité politique qui, sur avis du Conseil constatant l'inexécution, prenait les décisions : retrait de l'autorisation, injonction d'exécuter les engagements et, éventuellement, sanction pécuniaire. Il s'agissait d'une prérogative du Ministre chargé de l'économie qui concernait les engagements souscrits non seulement dans le cadre des opérations de concentrations mais aussi dans celui des pratiques anticoncurrentielles en vertu des dispositions de l'article L 464-2 du Code de commerce. Aujourd'hui, le système est entièrement inversé. Il s'agit donc d'une prérogative de l'Autorité de la concurrence.

Le développement du recours aux engagements⁴⁶ avait mis au grand jour le fait que la crédibilité du régime des concentrations repose sur le suivi de leur respect⁴⁷. La pratique décisionnelle a fait l'objet de pénétrantes analyses tant en droit interne que communautaire lesquelles ont mis l'accent sur l'atténuation de la distinction entre engagements structurels et comportementaux⁴⁸, d'une part, sur le déplacement du débat qui porte principalement de nos jours sur le respect des engagements et la place des tiers dans le processus d'autre part⁴⁹.

Certaines critiques émanant de la DGCCRF et de praticiens⁵⁰ avaient été émises contre l'absence dans le Code de commerce, en dehors de l'article L430-8, d'outils procéduraux spécifiques au suivi des engagements, tout en ne souhaitant pas vider le principe même du suivi par le Ministre par une procédure trop lourde. Le nouvel article L430-8-IV-2 précise désormais la procédure à suivre par l'Autorité lorsqu'elle envisage des sanctions (renvoi aux

⁴⁶ Le point culminant a été atteint dans la décision *Vivendi/TPS*, dans laquelle le Ministre a autorisé la concentration des opérateurs français de télévision sous réserve de 59 engagements. Min. Eco., 30 août 2006, aff. C2006-02, *BOCCRF* n° 7 bis du 15 septembre 2006.

⁴⁷ N. Jalabert-Doury, L. Nouvel, N. Mouy, T. Hoehn, M. Gaved, Le suivi des engagements dans les concentrations françaises, *Concurrences* 2007, n° 2, p. 29.

⁴⁸ F. Amand et T. Pequereau, op. cit., p. 37.

⁴⁹ F. Amand et T. Pequereau, op. cit., p. 39. La possibilité pour les tiers d'intervenir dans la phase d'exécution des engagements est primordiale.

⁵⁰ N. Jalabert-Doury, L. Nouvel, N. Mouy, T. Hoehn, M. Gaved, Le suivi des engagements dans les concentrations françaises, *Concurrences* 2007, n° 2, p. 30.

article L 463-2, L463-4 et L 436-6 sur le secret des affaires notamment), mais la place des tiers n'est toujours pas précisée.

Peu avant de la réforme opérée par la loi LME, les services de la DGCCRF semblaient avoir une vision uniforme des évolutions souhaitable. Il était « naturellement pas question de remettre en cause l'équilibre du système issu de la loi NRE et du décret du 30 avril 2002, qui s'est avéré suffisant pour que la DGCCRF conduise sa mission dans de bonnes conditions »⁵¹. Dans cette optique, une éventuelle extension des compétences des services d'instruction du Conseil de la concurrence était contestée comme pouvant remettre en cause l'atout majeur du suivi des engagements par le ministre : sa force dissuasive⁵². Certains praticiens faisaient valoir, au contraire, que lorsque l'ordre notifié à l'entreprise dans le cadre du suivi des engagements tardait à être exécuté, le Ministre ne disposait d'aucun outil procédural propre, ce qui l'obligeait à saisir le Conseil de la concurrence, en vertu de l'article L430-8 du Code de commerce⁵³. Sous couvert de qualification d'avis, cette procédure conférait ainsi, selon ces auteurs, un véritable pouvoir de décision au Conseil sur la question de l'exécution ou non d'une inexécution. Le texte précisait, en effet, que le Ministre ne pouvait agir que si le Conseil constate l'inexécution. Son avis le liait. En outre, ce dispositif n'était pas en harmonie avec le système communautaire dans lequel la Commission peut révoquer sa décision d'autorisation⁵⁴. La dualité d'organes intervenant dans le suivi des engagements ne paraissait pas opérationnel et de nature à permettre la pleine efficacité du mécanisme.

La réforme opérée en 2008 met fin à cet inconvénient en confiant à la seule Autorité de la concurrence le suivi des engagements. Pourtant un doute jaillit à la lecture de l'article L430-7-II. En effet lorsque le Ministre prend une décision d'autorisation conditionnée par la mise en œuvre effective d'engagements et pour des motifs d'intérêt général, l'appréciation du suivi des engagements et leur révision éventuelle devra-t-elle échapper totalement au Ministre ? L'article L430-8- IV semble ne laisser aucun doute. Seule l'Autorité de la concurrence est compétente. Elle doit constater l'inexécution des engagements « figurant dans sa décision ou dans la décision du Ministre ayant statué sur l'opération en application de l'article L430-7- I », c'est-à-dire lorsque celui-ci a évoqué l'affaire et statué pour des motifs d'intérêt général.

⁵¹ G. Cerutti, Directeur Général de la DGCCRF, op ; cit., p. 59.

⁵² F. Amand (Chef de service de la régulation et de la sécurité DGCCRF, économiste) et T. Pequereau, op. cit., p.43.

⁵³ N. Jalabert-Doury, L. Nouvel, N. Mouy, T. Hoehn, M. Gaved, Le suivi des engagements dans les concentrations françaises, *Concurrences* 2007, n° 2, p. 29.

⁵⁴ Articles 6(3)b, 14(2)d et 15(1)c du Règlement du Conseil du 20 janvier 2004. Les tiers non plus ne disposent pas de la faculté de déclencher la procédure, ce que l'on peut regretter. En outre, l'adoption de décisions de modification des engagements n'est pas prévue par les textes, ce qui soulève des difficultés quant à leur non publication.

Cette disposition ne manquera cependant pas de soulever des difficultés dans la mesure où le respect de ces engagements devra se mesurer à l'aune du développement industriel, de la compétitivité des entreprises au regard de la concurrence internationale ou de la création ou du maintien de l'emploi, conditions qui figurent dans l'examen premier de l'opération de concentration et sont de la compétence exclusive du Ministre. Certains s'étaient interrogés par le passé de la « logique d'un dispositif qui demande au Conseil de la concurrence de se prononcer sur le respect d'engagements sur lesquels il n'a pas forcément eu à statuer » (ancien article L430-7-IV al.2), sachant que statistiquement le Conseil pouvait être amené à se prononcer plus souvent sur le respect d'engagements sur lesquels il n'avait pas eu à se prononcer (phase I) que ceux pour lesquels il avait émis un avis à la suite de la phase II⁵⁵. La même interrogation se pose aujourd'hui, mais plus inquiétante encore puisque seul le Ministre est compétent en matière d'intérêt général. L'Autorité de la concurrence pourra-t-elle s'immiscer dans ces motifs pour vérifier la bonne exécution des engagements ?

A ces interrogations sur l'articulation entre les pouvoirs de l'autorité politique et de l'Autorité de la concurrence, s'ajoutent un certain nombre d'inquiétudes quant aux moyens dont disposera l'Autorité, notamment en matière de suivi des engagements.

B. Le suivi matériel des engagements.

La sophistication des différents types d'engagements structurels, le développement des engagements comportementaux se sont accompagnés de nombreuses innovations souvent d'inspiration communautaires : mandataire indépendant ou *trustee* chargé de la cession d'actifs ou du suivi d'engagements comportementaux⁵⁶, mise en place de solution de rechange⁵⁷, procédure dite *d'up front buyer*, après agrément du repreneur, réexamen éventuel en fonction de l'évolution des conditions du marché⁵⁸. La mise en œuvre concrète du suivi des engagements a permis aux équipes de la DGCCRF d'acquérir une expérience. Il est cependant permis de douter de l'adaptation des moyens matériels de l'Autorité française de concurrence à ses nouvelles et importantes missions et notamment à la procédure de sanction en cas d'inexécution⁵⁹ des engagements. Comme l'ont relevé de nombreux observateurs, la mise en

⁵⁵ F. Amand, T. Piquereau, op. cit., p. 42.

⁵⁶ Affaire *Vivendi/TPS*, aff. C2006-83, *BOCCRF* n°8 bis du 20 oct. 2006 ; *Lactalis/Pochat*, aff. C2004-166, *BOCCRF* n° 11 du 16 décembre 2005 ; *Stanley/Facom*, aff. C2005-68, *BOCCRF* n° 5 du 29 avril 2006.

⁵⁷ Point 452

⁵⁸ Min. Eco. 31 mai 2006, *Spir Communication/S3G/JV*, aff. C2006-11, *BOCCRF* n°7 bis du 15 septembre 2006 ; Pour l'UE : Comm. CE, 30 janvier 2004, *Hoechst.Rhône Poulenc*, aff. COMP/M. 1378.

⁵⁹ N. Jalabert-Doury, L. Nouvel, N. Mouy, T. Hoehn, M. Gaved, Le suivi des engagements dans les concentrations françaises, *Concurrences* 2007, n° 2, p. 30.

place de la réforme risque de rester lettre morte si les moyens nécessaires à sa concrétisation ne sont pas assurés à l'Autorité de la concurrence. Certains emplois doivent être transférés pour un effectif total qui devrait tourner autour de 190 personnes. Pour son Président, « ce chiffre reste modeste par rapport à ceux des autorités nationales de concurrence comparables... Il est aussi modeste par rapport à celui des autorités de régulation sectorielles, alors même que la mission de l'Autorité est transversale »⁶⁰. Il serait donc paradoxal de ne pas augmenter sensiblement les moyens de cette Autorité au moment où l'on élargit ses compétences.

Conclusion.

L'un des plus grands apports de la LME a été de transférer le contrôle des opérations de concentration, qui incombait jusqu'alors au Ministre en charge de l'Economie, à l'Autorité de la concurrence. Il se révèle qu'à l'examen la mainmise du ministre est encore très forte. L'autorité cède ses pouvoirs au Ministre lorsque celui-ci « évoque » une affaire pour des « motifs d'intérêt général ». Le résultat laisse donc un « sentiment partagé »⁶¹. Il est affirmé que ce dispositif d'intérêt général n'aura vocation à jouer que dans des cas réellement exceptionnels. « L'expert de la concurrence fera son travail sans interférences comme partout en Europe, mais le politique pourra reprendre la main, lorsque les intérêts fondamentaux du pays seront en jeu »⁶². Il faudra apprécier à la pratique la valeur de ces affirmations. Cette possibilité d'intervention du politique n'est en soi pas choquante. Le droit de la concurrence conjugue un premier « triptyque (liberté concurrentielle, liberté contractuelle, droit de propriété) » avec un autre qui l'éclaire et qui implique « l'articulation de trois logiques difficilement conciliables : économie de la concurrence (théorie économique), droit de la concurrence et politique de la concurrence... »⁶³. En outre, le droit communautaire⁶⁴ dispose que « les Etats-membres peuvent prendre les mesures appropriées pour assurer la protection d'intérêts légitimes autres que ceux qui sont pris en considération par le présent règlement... Sont considérés comme légitimes... la sécurité publique, la pluralité des médias et les règles prudentielles. Tout autre intérêt public doit être communiqué par l'Etat membre concerné à la Commission et reconnu par celle-ci avec les principes généraux... avant que les mesures

⁶⁰ B. Lasserre, La nouvelle Autorité de la concurrence, interview, op.cit., p. 8.

⁶¹ D. bosco, op. cit., p. 27.

⁶² B. Lasserre, Loi de Modernisation de l'Economie, table ronde précitée, p. 10.

⁶³ A. Pirovano, L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union européenne, in *L'Algérie en mutation*, dir. A. Guesmi et R.Charvin, L'harmattan 2001, p. 132.

⁶⁴ Article 21, IV du règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations des entreprises.

visées ci-dessus puissent être prises ». Mais le texte français relatif aux motifs d'intérêt est beaucoup plus large que ne l'est le règlement communautaire. Il y a là incontestablement un dispositif que ne permettait pas le système antérieur et qui offre au pouvoir politique une marge de manœuvre qui peut se révéler importante⁶⁵, spécialement en période de crise. Laurence Idot se demandait récemment si les Etats ne sont pas « schyzos »⁶⁶ et elle évoquait le nouveau système institutionnel français du contrôle de la concurrence. Si en matière d'aides d'Etat, on pouvait comprendre un assouplissement⁶⁷, « il est possible d'être plus circonspect pour le contrôle des concentrations, l'utilisation de la théorie de l'entreprise défaillante permettant déjà l'assouplissement nécessaire »⁶⁸. Que des politiques de la concurrence soient nécessaires, nul ne le conteste. La question se pose de savoir si leur niveau pertinent est celui des Etats ou celui de l'Union européenne, comme le pense la responsable de la DG concurrence N. Kroes. A un moment où les politiques doivent avant tout être communautaires et non nationales, on ne peut que regretter cet aspect du nouveau dispositif français qui se présente d'ailleurs comme permanent et non circonstanciel.

Mars 2009.

⁶⁵ L'Etat est présumé agir dans l'intérêt général, ce qui rend l'exercice du contrôle d'un détournement délicat.

⁶⁶ Entre concurrence et retour de l'Etat : les Etats « schyzos » ?, *Concurrences*, 2008 n°4, éditorial.

⁶⁷ La France semble d'ailleurs avoir été entendue. Lignes directrices sur l'application des règles en matière d'aides d'Etat aux mesures prises en rapport avec les institutions financières dans le contexte de la crise. 13 octobre 2008.

⁶⁸ Ibid.