

LA CONSULTATION DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE SUR LES TEXTES LÉGISLATIFS ET RÉGLEMENTAIRES ANTICONCURRENTIELS

Par

Jean-Yves CHÉROT

*Professeur à l'Université de Droit, d'Économie et des Sciences d'Aix-Marseille,
Laboratoire de théorie juridique **

1 - Nous avons choisi d'étudier, pour le séminaire de l'atelier de méthodologie juridique consacré à l'évaluation législative, les dispositions de l'ordonnance du 1er décembre 1986 qui prévoient de confier au Conseil de la concurrence l'examen des textes ou projets de textes de nature à fausser le libre jeu de la concurrence sur un marché afin qu'il apprécie si ces textes sont strictement nécessaires aux impératifs d'intérêt général qui les motivent.

2 - La concurrence est considérée par le législateur national comme un facteur de progrès économique et social.

La concurrence dont il s'agit est une concurrence entre entreprises et c'est d'abord à elles que le droit de la concurrence s'adresse afin qu'elles ne violent pas la libre concurrence sur le marché. Mais l'"esprit de concurrence", pour reprendre une expression employée par D. Brault (1), est indivisible. La discipline de la concurrence s'adresse aussi à l'État.

Certes l'État et les entreprises ne sont pas placés sur le même plan. L'État a le monopole de la recherche de l'intérêt général. Il lui revient donc d'écarter le jeu de la concurrence lorsque l'intérêt général le lui commande. Mais il doit éviter de restreindre la concurrence entre entreprises à moins que cela ne soit strictement nécessaire à la satisfaction de l'intérêt général. On ne saurait admettre que l'État ignore les conséquences que certaines de ses réglementations peuvent avoir sur le jeu de la concurrence.

Telle est, en tous cas, l'exigence qui lui est rappelée par les articles 5 et 6 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 qui confie au Conseil de la concurrence un rôle, purement consultatif, d'examen de la nécessité des règles anticoncurrentielles.

(*) Conférence devant l'atelier de méthodologie juridique le 14 juin 1993 avec mise à jour au 15 novembre 1994.

(1) *L'État et l'esprit de concurrence en France*, Paris, Economica, 1987.

3 - S'agit-il, à proprement parler d'évaluation législative (et réglementaire) (1) ? Au sens large le Conseil de la concurrence procède bien, sur certains points, à l'évaluation des textes qui lui sont soumis. Il n'en recherche pas l'effectivité, ni l'efficacité, ni les effets non voulus (2). Mais il en recherche les effets sur la concurrence sur un marché et, surtout, il apprécie si l'atteinte éventuelle à la concurrence qu'il constaterait est nécessaire aux finalités poursuivies par les pouvoirs publics. Il s'agit donc pour le moins d'un contrôle, pour partie, sur l'impact d'un texte et, pour partie, sur un aspect de son efficacité : les coûts de l'intervention étatique sont-ils inutiles au regard des objectifs des autorités publiques ?

Noter bien que le Conseil ne vérifie pas toute l'efficacité du texte ; il ne procède pas à son bilan coût/avantages. Ce n'est pas son rôle (voir plus loin).

Il nous semble qu'étant donné l'importance de la concurrence sur les marchés dans une économie bien ordonnée, le rôle du Conseil de la concurrence, même ainsi limité, est d'une importance suffisante pour mériter de figurer dans les travaux de ce séminaire. Le maintien de la concurrence sur les marchés me semble être un objectif important de l'évaluation législative et réglementaire. Il s'agit là bien sûr d'un jugement de valeur étranger à la définition scientifique de l'évaluation. Mais rien n'interdit au chercheur de signaler ce qui lui paraît, dans l'évaluation, plus ou moins important, du point de vue des intérêts de la société.

Une dernière remarque doit être faite. L. Mader (3) rappelle qu'au sens strict, "au sens où je l'entends", "l'évaluation législative se distingue en premier lieu des appréciations (souligné par lui) ou contrôles qui ne sont pas basés sur l'emploi de méthodes scientifiques" (souligné par nous). De ce point de vue, les appréciations ou contrôles exercés par le Conseil de la concurrence entrent-ils dans le concept d'évaluation législative ? On peut en douter même si le Conseil de la concurrence se réfère autant qu'il le peut à des expertises techniques pour apprécier la nécessité d'une atteinte à la concurrence et même si on remarque son caractère d'autorité indépendante disposant d'une expertise technique et scientifique autonome. Mais, dans la recherche des effets anticoncurrentiels d'un texte il n'a pas besoin de procéder à une démarche scientifique car, comme c'est le cas en droit de la concurrence, il prend en compte les effets potentiels et même hypothétiques du texte sous examen, effets potentiels ou hypothétiques mis en évidence moins par l'analyse des données recueillies selon des méthodes scientifiques que par l'analyse logique et par ce que l'on peut savoir à partir d'un minimum de théorie économique et de connaissance des comportements humains.

Cela dit, la notion de méthode scientifique utilisée par L. Mader nous paraît pour le moins problématique. Nous ne pensons pas que la méthode scientifique exclut nécessairement une appréciation ne reposant pas sur les méthodes modernes des sciences sociales.

HISTORIQUE

4 - Le VI^e plan de développement économique avait inscrit parmi ses actions prioritaires pour 1971-1975 "la modernisation des règles du jeu d'une économie concurrentielle" qui, pour ses auteurs, passait par le renforcement du rôle et du statut de la commission technique des ententes. Le planificateur avait notamment proposé que le rôle de la commission soit étendu à l'examen des actes législatifs et

(1) Sur le concept d'évaluation législative, voir notamment Luzius Mader, *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lausanne, Payot, 1985, et notamment pp. 41 à 97.

(2) Nous utilisons ici des concepts dans le sens que leur donne très pertinemment L. Mader, ouvrage précité.

(3) Ouvrage précité p. 45.

réglementaires. "La commission sera obligatoirement consultée sur les projets de caractère législatif ou réglementaire concernant la concurrence" (1). Ce projet n'a jamais été repris tel quel par le législateur. Mais l'idée d'une consultation de l'autorité administrative chargée de la concurrence sur des projets de textes ou sur des textes existants et concernant la concurrence a fait son chemin.

5 - Lorsque la loi du 19 juillet 1977 crée la nouvelle commission de la concurrence, elle lui confie, sur saisine du Gouvernement, une mission d'examen des textes législatifs et réglementaires intéressant la concurrence. L'article 1er de la loi du 19 juillet 1977 dispose : "Il est créé une commission de la concurrence. Cette Commission connaît, à titre consultatif, de toutes les questions concernant la concurrence dont elle est saisie par le gouvernement". Cette compétence consultative englobe l'examen des textes législatifs ou réglementaires en vigueur et l'examen des textes en préparation dès lors qu'ils restreignent la concurrence. C'est ce qui vient préciser le décret d'application du 25 octobre 1977. Par "question concernant la concurrence", au sens de l'article 1er de la loi, le décret précise qu'il faut entendre à la fois l'examen des questions de principe relatives à des pratiques anticoncurrentielles d'entreprises (sans qu'une entreprise en particulier soit mise en cause) et l'examen de toutes mesures législatives ou réglementaires ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet soit de restreindre la concurrence, soit de l'élargir ou de la rendre plus active.

Le décret précité précise que les avis rendus par la commission de la concurrence en la matière ne seront publiés qu'à la discrétion du ministre de l'économie.

Après quoi la loi de finances pour 1979 a ajouté à la loi de 1977 que les commissions permanentes du Parlement peuvent consulter la commission de la concurrence sur les propositions de loi.

Ce régime comporte plusieurs limites qui le rendent inadapté aux fins poursuivies initialement et qui témoignent en tout cas d'une réserve importante du Parlement (ou de l'administration) envers l'"esprit de concurrence". La première limite résulte de l'absence d'obligation de saisir la commission de la concurrence pour des projets anticoncurrentiels. Deuxième limite : la saisine de la commission est réservée, à l'exception limitée de la consultation par les commissions des Assemblées, au Gouvernement, alors que par ailleurs la loi de 1977 ouvre la saisine de la commission de la concurrence à divers organismes et aux collectivités locales en matière de pratiques anticoncurrentielles des entreprises. La troisième limite résulte de ce que les avis ne sont publiés qu'à la discrétion du gouvernement, alors que leur publicité est pourtant décisive en matière de pédagogie de la concurrence. De fait un grand nombre d'avis ne seront pas publiés (2).

6 - L'ordonnance du 1er décembre 1986 créant le nouveau Conseil de la concurrence va renforcer le rôle d'examen des textes législatifs et réglementaires restreignant la concurrence. L'ordonnance va cependant rester en-deçà des propositions faites par le groupe d'experts qui a préparé la rédaction de l'ordonnance (3).

Le groupe d'experts était invité par le Ministre d'État, Ministre de l'économie, des finances et de la privatisation à définir "l'ensemble des conditions à mettre en oeuvre pour que, dans un environnement de liberté, la concurrence puisse jouer effectivement son rôle régulateur". De cet ensemble de conditions à mettre en oeuvre

(1) Cité par M. Pedamon, Le rôle consultatif général de la commission de la concurrence, *Mélanges Roblot*, p. 139.

(2) Sur ces points, voir l'excellente analyse de Michel Pedamon, article précité, *Mélanges Roblot*. M. Pedamon critique les "paradoxes" du rôle consultatif général de la commission de la concurrence.

(3) Rapport au Ministre d'État, ministre de l'économie, des finances et de la privatisation sur le projet d'ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence. Ce rapport n'a pas été publié par le Gouvernement. Il a cependant été largement diffusé par photocopies.

le groupe n'a pas voulu dissocier les comportements des entreprises et les mesures étatiques. "Le groupe est conscient de ce que les circonstances offrent une occasion privilégiée de réexaminer un certain nombre de dispositions législatives ou réglementaires qui -sans ressortir, stricto sensu, au droit de la concurrence- affectent directement celle-ci".

Cependant il observe qu'il lui est matériellement impossible dans le délai de deux mois qui lui était imparti pour rendre son rapport "de faire un examen exhaustif de l'ensemble des législations et réglementations spécifiques que cinquante années de dirigisme ont secrétées dans de nombreux secteurs de l'économie nationale".

De plus, il lui faut tenir compte des limites de l'habilitation législative contenues dans la loi du 2 juillet 1986 sur la base de laquelle l'ordonnance doit être prise. La loi du 2 juillet 1986, article 1er dispose : "Pour assurer aux entreprises une plus grande liberté de gestion et définir un nouveau droit de la concurrence, le Gouvernement est autorisé, dans un délai de six mois à compter de la publication de la présente loi et dans les conditions prévues à l'article 3 de la constitution, à modifier ou abroger certaines dispositions de la législation économique relatives aux prix et à la concurrence, notamment celles des ordonnances du 30 juin 1945 (...)". Or, le Conseil constitutionnel a interprété limitativement ces dispositions : pour lui, "l'article 1er de la loi (...) n'autorise pas le Gouvernement à modifier ou à abroger l'ensemble des règles de droit civil, commercial, pénal, administratif ou social intéressant la vie économique ; il résulte des termes, éclairés par les travaux préparatoires et, notamment, par les déclarations du Gouvernement devant le Parlement, que l'habilitation demandée vise la modification ou l'abrogation des dispositions spécifiques de la législation économique relatives au contrôle des concentrations, à la concurrence et aux prix ainsi qu'à la répression des infractions économiques contenues dans les ordonnances du 3 juin 1945, dans la loi du 19 juillet 1977 et dans les dispositions législatives particulières sur les prix". C'est bien semble-t-il en raison de cette interprétation limitative que le Conseil constitutionnel a reconnu la conformité à la constitution de ces dispositions. Aussi le groupe d'experts ne pouvait-il faire aucune proposition de modification ou d'abrogation de textes n'entrant pas dans les catégories énoncées par le Conseil constitutionnel.

Le groupe d'experts, ne pouvant ainsi mener lui-même une politique d'examen des législations anticoncurrentielles, a proposé d'en saisir le nouveau Conseil de la concurrence. Il a proposé à cette fin trois procédures. *La première*, d'impact limité, aurait consisté à permettre la révision des cas dans lesquels des entraves légales à la concurrence ont justifié dans certains secteurs une réglementation spécifique des prix ne découlant pas des dispositions de l'ordonnance du 30 juin 1945 (telles que celles qui existent dans le secteur du transport routier ou des assurances). *La seconde procédure* aurait eu pour objet "de permettre au Conseil de la concurrence d'évaluer les effets sur la concurrence des dispositions législatives ou réglementaires spécifiques en vigueur et de recommander les mesures propres à réduire les atteintes à la concurrence résultant de ces textes. Dans cet examen, il devra être recherché dans chaque cas si les restrictions de la concurrence étaient bien limitées au minimum indispensable au regard de l'objectif poursuivi" (le Conseil cite l'exemple de la loi Lang sur le prix du livre et de certaines dispositions de la loi Royer). *La troisième procédure* proposée par le groupe d'expert aurait eu pour objet d'imposer au gouvernement de consulter le Conseil de la concurrence "sur tout projet de texte réglementaire ayant directement pour effet de fausser la concurrence". Dans ce cas l'avis du Conseil serait obligatoirement publié.

Pour le groupe "ces procédures permettraient de poursuivre de manière progressive une oeuvre de dérégulation qui est trop importante et complexe pour être accomplie dans le cadre de l'ordonnance ; de plus, elles semblent de nature à permet-

tre une meilleure diffusion dans les administrations publiques de la préoccupation de la sauvegarde de la concurrence (...). Quant à l'organisme nouveau que constitue le Conseil de la concurrence, il devrait, dans l'esprit du groupe, jouer en la matière le rôle de "conscience" des pouvoirs publics".

7 - Le Gouvernement, après avis du Conseil d'État, n'a pas repris dans le texte de l'ordonnance du 1er décembre 1986 les propositions du groupe d'experts. Mais il a retenu l'idée d'améliorer le texte antérieur résultant de la loi de 1977 sur ces points. Le Conseil de la concurrence n'a pas reçu compétence pour examiner de lui-même, comme organe de dérégulation, l'ensemble des textes législatifs ou réglementaires existants affectant la concurrence. Mais il pourra en connaître et pas seulement à la demande du gouvernement (article 5 de l'ordonnance). De même, s'agissant des projets de textes réglementaires l'ordonnance ne reprend plus la formule générale du groupe d'experts faisant obligation au Gouvernement de consulter le Conseil de la concurrence "sur tout projet de nature à affecter le jeu de la concurrence". Mais l'idée d'une consultation obligatoire sur certains textes a été retenue (article 6 de l'ordonnance).

De telle sorte que l'ordonnance du 1er décembre 1986 renforce sensiblement, tout en restant frileuse, le rôle d'évaluation des textes confié maintenant au Conseil de la concurrence.

LE CHAMP D'APPLICATION DE LA CONSULTATION DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE SUR DES TEXTES ANTICONCURRENTIELS

8 - L'ordonnance de 1986 prévoit trois cas de consultation du Conseil de la concurrence en matière de textes anticoncurrentiels. Le premier de ces cas, qui résulte de l'article 10, alinéa 2 de l'ordonnance, peut être très rapidement évoqué car il n'a encore jamais donné lieu à application. Restent les articles 5 et 6.

L'article 1er, alinéa 2 de l'ordonnance ne sera pas ici examiné. Ce texte prévoit la consultation obligatoire du Conseil de la concurrence par le Gouvernement lorsqu'il prend, par exception au principe nouveau de la liberté des prix, par décret, une réglementation des prix "dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situation de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires". Le Conseil n'est pas ici saisi d'un texte anticoncurrentiel (encore qu'une telle réglementation des prix puisse l'être dans certains cas). Le Conseil est saisi de la question de savoir s'il existe sur un marché des limitations de la concurrence soit du fait de situation de fait soit du fait d'autres textes (eux, anticoncurrentiels), limitations de concurrence qui justifient aux yeux des rédacteurs de l'ordonnance une réglementation des prix. Le Conseil n'a pas dès lors qu'il constate l'existence de ces limitations de concurrence à se prononcer sur la nécessité de la réglementation des prix. Dès lors que ces limitations de concurrence existent, le Gouvernement "peut" intervenir et le Conseil de la concurrence n'a pas à se prononcer sur l'opportunité de cette intervention.

On peut cependant noter que le Conseil pourra être amené, dans le cadre de son avis rendu sur la base de l'article 1 alinéa 2, à se prononcer sur les effets anticoncurrentiels éventuels d'une réglementation des prix. L'avis rendu sur la réglementation des tarifs des courses de taxis (avis du 18 mars 1987, *rapport d'activité 1987*, p. 102, *J.O.* du 8 avril 1987) est remarquable à cet égard. Si le Conseil de la concurrence accepte dans cet avis, le principe même d'une réglementation des tarifs des courses de taxis dans la mesure où le régime juridique des taxis autorise les pouvoirs publics, pour des considérations tirées de la commodité des usagers et de la sécurité

de la circulation sur les voies publiques, à limiter le libre jeu de la concurrence par les prix et que ces limites sont de celles qui autorisent le Gouvernement à réglementer les prix, il n'admet pas les modalités de cette réglementation dès lors qu'elles sont elles-mêmes gravement anticoncurrentielles puisqu'elles reposent sur des accords interprofessionnels qu'elles suscitent. "L'exercice de ce pouvoir (de réglementer les tarifs) ne saurait être subordonné à l'intervention d'accords entre les syndicats de loueurs et les syndicats de conducteurs (...)".

L'article 10, alinéa 2 de l'ordonnance

9 - Le Gouvernement doit saisir le Conseil de la concurrence lorsque, sur la base des dispositions de l'article 10, deuxième alinéa, il entend autoriser par décret des accords entre entreprises impliquant des restrictions de concurrence. Cette compétence accordée au Gouvernement en matière de pratiques anticoncurrentielles des entreprises n'était pas prévue par le groupe d'experts qui avait souhaité dessaisir complètement le gouvernement de tout pouvoir de décision en la matière conformément d'ailleurs au vœu du ministre de l'économie de l'époque. Mais le Gouvernement a finalement pensé que l'existence de décrets d'exemption peut favoriser dans certains secteurs la sécurité juridique. Mais en contrepartie de cette immixtion du Gouvernement dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles, l'avis du Conseil de la concurrence doit être obligatoirement respecté. C'est d'un avis conforme qu'il s'agit. Il n'y a pas eu depuis 1987 de projet de décret d'exemption et donc pas de consultation du Conseil de la concurrence à ce titre.

L'article 5 de l'ordonnance

10 - L'article 5 de l'ordonnance reprend, en les renforçant, les dispositions de l'article 1er de la loi du 19 juillet 1977. L'article 5 de l'ordonnance dispose :

"Le Conseil de la concurrence peut être consulté par les commissions parlementaires sur les propositions de lois ainsi que sur toute question concernant la concurrence.

Il donne son avis sur toute question de concurrence à la demande du Gouvernement. Il peut également donner son avis sur les mêmes questions à la demande des collectivités territoriales, des organisations professionnelles et syndicales, des organisations de consommateurs agréées, des chambres d'agriculture, des chambres de métiers ou des chambres de commerce et d'industrie, en ce qui concerne les intérêts dont elles ont la charge".

Le domaine de l'évaluation. Notion de question de concurrence.

11 - L'article 5 utilise deux expressions. À l'alinéa 1er le texte utilise l'expression "question concernant la concurrence" et à l'alinéa 2 l'expression de "question de concurrence". On considérera que ces deux expressions sont équivalentes.

Le décret d'application de l'ordonnance ne donne aucune indication sur le sens qu'il convient d'attribuer à ces mots. Mais le Conseil de la concurrence, en reprenant d'ailleurs l'interprétation qui avait été donnée sous l'empire de la loi de 1977 à la notion de "question concernant la concurrence", a précisé ce qu'il fallait entendre par ces expressions.

Par "question de concurrence" il faut d'abord entendre les questions de principe pouvant permettre "d'expliquer a priori les éléments qui doivent être pris en compte pour appliquer à des secteurs ou des problèmes particuliers les principes du droit de la

concurrence" (*rapport d'activité du Conseil de la concurrence pour 1987*). Le Conseil a précisé en 1988 qu'il ne peut en application des dispositions de l'article 5 "se prononcer sur des questions intéressant directement une entreprise déterminée". La saisine doit alors être faite dans le cadre de la procédure, qui offre les garanties du contradictoire, du titre 3 de l'ordonnance. De même on ne saurait saisir, par le biais de l'article 5, le Conseil de la concurrence des opérations de concentration, pour lesquelles l'article 38 de l'ordonnance réserve le droit de saisir le Conseil de la concurrence au seul ministre chargé de l'économie (avis n° 89-A-13 relatif à des questions posées par le syndicat national du patronat moderne indépendant de la région de Bretagne sur la position dominante de la société des ciments Lafarge en Bretagne, *rapport d'activité 1989*, annexe n° 79, p. 218). Ces précisions étant faites le Conseil de la concurrence est très attaché à ce type de consultation qui peut lui permettre de jouer un rôle pédagogique important destiné notamment à prévenir dans les secteurs concernés par l'avis les pratiques anticoncurrentielles des entreprises. Mais ce type de questions ne nous intéresse pas ici directement puisqu'elles portent, sans intéresser le comportement d'une entreprise déterminée, sur des comportements d'entreprises. Mais la notion de "question de concurrence" permet aussi l'évaluation des textes législatifs ou réglementaires.

Le Conseil de la concurrence a admis au titre des "questions de concurrence" au sens de l'article 5 de l'ordonnance de 1986 d'être saisi de questions pouvant permettre de fournir des éléments de réflexion aux pouvoirs publics ou au législateur en attirant leur attention sur les conséquences, pour le fonctionnement des marchés, de certaines *propositions législatives ou réglementaires*" (*rapport pour 1987*, p. IX).

Le Conseil de la concurrence a été saisi à ce titre par le Gouvernement de questions de concurrence sur d'importants projets de loi : il a été saisi du projet concernant la réforme des professions judiciaires et juridiques et du projet de loi relatif à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé.

Enfin le Conseil a décidé qu'il pouvait, lorsqu'il était saisi sur la base de l'article 5, se prononcer sur les conséquences, sur le fonctionnement d'un marché, de dispositions législatives ou réglementaires existantes. Il a d'abord admis d'être saisi pour avis sur les conséquences qu'une réglementation municipale pouvait avoir sur la concurrence (avis sur le règlement de la poissonnerie municipale de Caen, avis 88-A-06, *rapport d'activité 1988*, annexe n° 81, p. 150 ; avis 88-A-16 relatif à des questions posées par l'Union fédérale des consommateurs de Seine-et-Marne sur certaines dispositions réglementant le marché de détail de la ville de Chelles, *rapport d'activité 1988*, annexe n° 88, p. 164). Il a également dit que "la procédure instituée à l'article 5 de l'ordonnance permet également de saisir le Conseil de questions concernant pour partie l'application ou les effets de textes législatifs ou réglementaires existants" (*rapport d'activité 1990*, p. XXII).

12 - Dès lors que le Conseil a admis être saisi de textes législatifs ou réglementaires existants ou de projet ou de propositions de textes législatifs ou réglementaires pouvant avoir des effets sur le fonctionnement d'un marché en portant atteinte à la concurrence il lui a fallu nécessairement préciser ce qu'il fallait entendre par atteinte à la concurrence sur un marché. C'est dans son rapport d'activité pour 1989 (pages XX à XXII) qu'il a systématisé, sous la forme d'une position doctrinale, illustrée par les avis qu'il a rendu, la notion d'atteinte à la concurrence. La notion d'atteinte à la concurrence est elle-même précisée en relation avec une notion de libre concurrence qui n'est pas pour le Conseil de la concurrence synonyme d'absence d'intervention étatique.

"La question se pose, lit-on dans le rapport pour 1989, de savoir si toute intervention législative ou réglementaire, qui sur un marché favorise un groupe d'offreurs au détriment d'un autre, constitue nécessairement une atteinte au principe de la libre concurrence ou interdit le fonctionnement de la concurrence sur le marché. La réponse à cette question dépend à l'évidence du contenu que l'on donne aux notions de "libre concurrence" ou de "fonctionnement de la concurrence".

"Si l'on envisage la libre concurrence comme étant une absence totale d'intervention étatique directe ou indirecte sur les marchés, il va de soi que les textes qui peuvent avoir une telle influence impliquent par nature une atteinte à la libre concurrence.

"Mais le Conseil envisage la notion de libre concurrence sous l'angle plus opérationnel suggéré par l'analyse économique. Dans cette optique la libre concurrence est (...) un processus de confrontation des offres et des demandes tel que les entreprises sont spontanément conduites à offrir le meilleur rapport qualité-prix pour satisfaire la demande exprimée. (...) La réalisation de ce processus suppose que les agents économiques soient libres d'entrer ou de sortir d'un marché, soient dans l'incertitude quant aux décisions que prendront leurs concurrents réels ou potentiels, et prennent leurs décisions de façon indépendante les uns des autres.

"Cette définition de la libre concurrence (...) n'implique pas que toutes les interventions de l'État soient par nature anticoncurrentielles mais n'exclut pas que certaines d'entre elles le soient.

"Ainsi, les textes législatifs ou réglementaires qui impliquent l'établissement d'une barrière à l'entrée sur un marché ou celles qui impliquent une homogénéisation des comportements des entreprises présentes sur le marché entravent la concurrence parce qu'elles s'opposent à la réalisation des conditions nécessaires au processus concurrentiel ci-dessus décrit (...).

"A l'inverse, les textes qui établissent des différenciations de traitement entre des opérateurs se trouvant sur le même marché ou entre des produits susceptibles d'être en concurrence, s'ils peuvent avoir pour conséquence de créer des inégalités parfois durement ressenties entre les offreurs, n'ont pas nécessairement pour conséquence d'ériger des barrières infranchissables à l'entrée sur un marché ou d'éliminer une partie substantielle de l'offre ou de s'opposer à l'indépendance des décisions des offreurs ou, plus généralement, de limiter l'intérêt de chacun d'eux à s'efforcer d'offrir le meilleur rapport qualité-prix possible pour satisfaire la demande".

Le Conseil de la concurrence souhaite ainsi faire le départ entre des questions d'équité sur lesquelles il n'a pas à se prononcer et les questions de concurrence qui concernent les conditions de la concurrence sur un marché et qui, donc, lui reviennent (1).

Cette analyse conduit par ailleurs le Conseil de la concurrence à justifier la rédaction de l'article 6 de l'ordonnance qui réserve la saisine obligatoire du Conseil de la concurrence par le Gouvernement aux seuls textes réglementaires répondant à la définition donnée par le Conseil de la concurrence à la notion de mesures étatiques anticoncurrentielles (voir plus loin le texte et l'analyse de l'article 6). La rédaction de l'article 6, en retrait par rapport à celle du groupe d'experts, est ainsi justifiée. Pour le

(1) À titre d'exemple d'interventions anticoncurrentielles parce qu'elles rendent les comportements des entreprises homogènes, la critique, par le Conseil de la concurrence, du projet de textes réglementaires sur les soldes périodiques dans la mesure où ce projet fait référence pour la fixation de chaque période de soldes aux usages commerciaux. Serait alors restreint, par effet d'alignement, l'une des formes de la concurrence par les prix. En revanche pour le Conseil si les commerçants sont libres de fixer librement le point de départ des soldes "la réglementation n'emporterait pas en ce cas d'atteinte à l'exercice de la concurrence; que d'ailleurs la définition de la périodicité qui constitue le caractère essentiel de ces soldes serait de nature à favoriser la clarté de l'offre en marquant la spécificité de cette notion par rapport aux autres formes de vente aux déballage (avis du 2 mars 1988, n° 88-A-02).

Conseil "les auteurs de l'ordonnance ont voulu, par cette disposition, indiquer le type de texte qui était susceptible de porter atteinte au principe général de la libre concurrence et ont porté leurs regards sur ceux qui créaient une barrière à l'entrée ou qui tendaient à homogénéiser les comportements des entreprises". On peut d'ailleurs considérer que la rédaction de l'article 6 a elle-même pu servir au Conseil de la concurrence à préciser ce qu'il fallait entendre par atteinte à la concurrence sur un marché.

Cette analyse du Conseil de la concurrence est très intéressante d'un point de vue pratique puisqu'elle détermine le champ d'application de son contrôle mais elle l'est aussi d'un point de vue plus théorique. Une distinction entre intervention étatique et mesure anticoncurrentielle ouvre d'intéressantes perspectives dans la mesure où elle invite à une typologie des interventions étatiques. Il est certain que, de ce point de vue, les réglementations de prix doivent très clairement être divisées entre réglementations de prix minimum qui faussent radicalement la concurrence par les prix et dont l'objet est précisément de limiter la concurrence pour protéger dans la compétition telle ou telle catégorie de petites entreprises ou de permettre des mesures de crise et réglementations de prix maximum qui, en principe, n'empêchent pas la concurrence par les prix de jouer et dont l'objet est de freiner une hausse trop forte des prix (souvent du fait d'une absence suffisante de concurrence sur un marché).

Parmi les mesures anticoncurrentielles figurent certainement les mesures étatiques qui incitent les entreprises ou les organisations professionnelles à conclure des ententes et/ou qui renforcent les effets de telles ententes anticoncurrentielles. Dans un avis du 2 mars 1988 (1) le Conseil de la concurrence souhaite que dans un projet de décret réglementant la durée et la fréquence des soldes saisonnières la référence aux usages commerciaux soit supprimée notamment dans la mesure où cela "pourrait inciter les entreprises et les organisations professionnelles à conclure des accords relatifs à la durée des soldes, susceptibles de les conduire à des pratiques harmonieuses par profession ou sur un marché local déterminé constitutives d'ententes prohibées par l'article 7 de l'ordonnance de 1986".

13 - Même ainsi interprété le texte de l'article 5 permet de soumettre un grand nombre de textes au contrôle du Conseil de la concurrence. Le Conseil a ainsi eu à se prononcer sur les dispositions qui permettent aux fonctionnaires des services de l'État d'être des prestataires de service des collectivités locales en concurrence avec des cabinets privés (avis 88-A-15 relatif à la concurrence entre les services techniques de l'État et les cabinets privés d'ingénierie vis-à-vis des collectivités locales et de leurs groupements, *rapport d'activité 1988*, annexe n° 87, p. 161). Il a également examiné les conséquences économiques d'une qualification de médicament résultant de la législation et de son interprétation jurisprudentielle pour des "produits frontières" difficiles à classer et pour lesquels la protection de la santé publique n'exige pas nécessairement le maintien du monopole des pharmacies d'officine (avis 91-A-02 du 12 février 1991, *rapport d'activité 1991*, annexe n° 76, p. 175).

14 - Mais le Conseil a précisé qu'à l'occasion de ces demandes d'avis il ne lui appartient ni d'interpréter des textes législatifs ou réglementaires à la place des juridictions compétentes ni de porter une appréciation sur la légalité de ces textes. Il a souvent rappelé qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur la validité et le bien fondé d'un texte législatif ou réglementaire. Il faut distinguer le contrôle de légalité et le rôle consultatif d'évaluation. Cela l'a conduit à rejeter un grand nombre de demandes d'avis émanant d'organismes professionnels dont l'objet était précisément de

(1) Avis n° 88-A-02, *rapport d'activité 1989*, p. 194.

le conduire à interpréter ces textes ou à se prononcer sur des interprétations jurisprudentielles. Par exemple en observant que les questions posées par le Syndicat national des anesthésiologistes-réanimateurs français tendaient uniquement à lui demander de se prononcer sur l'interprétation de l'article L. 162-38 du code de la sécurité sociale, le Conseil a estimé qu'elles n'avaient pas le caractère de question de concurrence au sens de l'article 5 de l'ordonnance (*rapport d'activité 1990*, annexe n° 86, p. 195).

15 - Le Conseil de la concurrence a souligné que l'article 5 de l'ordonnance n'avait pas pour objet et ne pouvait avoir pour effet d'habiliter le Conseil à intervenir dans une procédure juridictionnelle pendante. Il a également marqué sa réticence à intervenir lorsqu'une question de concurrence le conduirait à se prononcer sur une affaire portée devant la Commission des Communautés européennes (avis 92-A-01 du 21 janvier 1992, syndicat français des assureurs-conseils, *Rapport d'activité 1992*, p. 495), alors même que la Commission des Communautés n'a pas engagé de procédure dans la même affaire.

L'élargissement de la saisine du Conseil de la concurrence

16 - Dans le texte de la loi du 19 juillet 1977, le Conseil ne pouvait être saisi des "questions de concurrence" que par le Gouvernement et des propositions de lois par les commissions parlementaires.

Par rapport au texte de 1977, l'ordonnance de 1986 élargit la saisine du Conseil de la concurrence très sensiblement.

Le Conseil de la concurrence peut continuer d'être saisi par les commissions parlementaires (et plus seulement par les commissions parlementaires permanentes) sur les propositions de lois. Mais en outre les commissions parlementaires pourront le saisir de questions concernant la concurrence, ce qui implique notamment la possibilité pour elles de le saisir de projets de lois ou de textes de loi en vigueur.

Bien sûr le Conseil peut continuer d'être saisi par le Gouvernement. Auquel cas il doit répondre à la demande de consultation. Le décret du 29 décembre 1986 (article 10-1) donne délégation permanente au ministre chargé de l'économie pour consulter, au nom du Gouvernement, le Conseil de la concurrence, de sa propre initiative ou à la demande du ministre dont relève le secteur économique concerné (cette délégation permanente vaut qu'il s'agisse de la saisine au titre de l'article 1er ou des articles 5 et 6). Le ministre de l'économie a attendu 1989 pour demander le premier avis au titre de l'article 5 de l'ordonnance (deux demandes d'avis en 1989 ; avis rendus sur ces demandes en 1990, *rapport d'activité pour 1990*).

Mais peuvent désormais saisir le Conseil de la concurrence de "toute question de concurrence" les collectivités territoriales, et différents organismes : les organisations professionnelles et syndicales, les organisations de consommateurs agréées, les chambres d'agriculture, les chambres de métiers, les chambres de commerce et d'industrie à condition que les questions concernent les intérêts dont elles ont la charge. Ces personnes morales sont celles qui peuvent également saisir le Conseil de la concurrence en matière de contrôle des pratiques anticoncurrentielles des entreprises. Un certain alignement entre le régime des pratiques anticoncurrentielles des entreprises (titre 3 de l'ordonnance) et le régime de la consultation sur les questions de concurrence s'établit ainsi. Il paraît important de relever que les rédacteurs de l'ordonnance de 1986 assimilent, ne serait-ce que sur un point du régime juridique -mais ce point est important- les pratiques anticoncurrentielles des entreprises et les questions de concurrence au sens large qui peuvent englober le contrôle des textes législatifs et réglementaires anticoncurrentiels (l'assimilation n'est cependant pas complète, même

sur ce point, puisque en matière de question de concurrence le Conseil de la concurrence ne peut pas s'autosaisir, comme il le peut en matière de pratiques anticoncurrentielles).

Toutefois la saisine par les personnes autres que le Gouvernement fait l'objet de quelques restrictions. Pour la saisine émanant du Gouvernement l'article 5 dispose que le Conseil de la concurrence "donne son avis". Pour la saisine émanant des divers organismes et des collectivités locales le texte prévoit que le Conseil "peut donner son avis". Il n'est donc pas obligé de donner son avis sur une question de concurrence lorsqu'il est saisi par des organismes ou par les collectivités locales. C'est d'ailleurs ce que rappelle la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 28 avril 1988 (*BOCCRF* du 11 mai 1988, p. 128). Dans cette affaire il était question d'une clause d'un statut d'une coopérative dont il était allégué qu'elle était anticoncurrentielle sur la base des dispositions des articles 7 et 8 de l'ordonnance. Mais les coopératives agricoles sont organisées par le Code rural et leurs statuts, dont découle la clause incriminée, sont homologuées par l'administration. Les clauses bénéficient donc des dispositions de l'article 10, alinéa 1er de l'ordonnance. La Cour précise que "la mise en cause de cet ensemble de dispositions législatives et réglementaires (...) ne peut être effectué selon les modalités prévues par le titre 3 de l'ordonnance (...). Que la procédure organisée à cette fin est celle établie à son titre 2, le Conseil de la concurrence ne pouvant être saisi que par les personnes qui y sont mentionnées et n'ayant que la possibilité de donner un avis". Il précise alors qu'il n'est pas obligé, même saisi dans le cadre du titre 2 de l'ordonnance, de donner son avis sur une "question de concurrence" lorsqu'il est saisi par des organismes. On peut penser que cette rédaction est faite simplement pour permettre au Conseil de vérifier si les questions posées entrent bien dans le champ des intérêts dont ces personnes ont la charge.

Le Conseil de la concurrence a été amené à décider que l'article 5 ne lui permet pas de se prononcer sur des projets ou propositions de lois lorsque la demande n'émane pas du Gouvernement ou des commissions du Parlement. Le Conseil s'est d'abord contenté d'écrire (*rapport d'activité pour 1987*, p. IX) que les avis sur les questions de concurrence "notamment ceux rendus par le Conseil à la demande du Gouvernement ou des commissions parlementaires, peuvent fournir des éléments de réflexion aux pouvoirs publics ou au législateur en attirant leur attention sur les conséquences, pour le fonctionnement des marchés, de certaines propositions législatives ou réglementaires". Il n'était semble-t-il alors pas encore question d'exclure les saisines des organismes sur de tels projets ou propositions. La doctrine du Conseil s'est fixée dans l'avis 91-A-10 du 6 novembre 1991 sur une question posée par deux Unions régionales de pharmaciens et portant sur la question de savoir si les dispositions d'un amendement à un projet de loi relatif à la pharmacie d'officine présentaient un caractère anticoncurrentiel (avis publié au *rapport d'activité pour 1991*, annexe n° 83, p. 196) : Il résulte des dispositions de l'article 5 que "en ce qui concerne les projets de loi ou les propositions de loi, si le Conseil peut être consulté par le Gouvernement ou par les commissions parlementaires, il ne peut émettre un avis sur des demandes présentées par d'autres voies, telles que des organisations professionnelles ou syndicales". Une telle interprétation minimisante ne résulte pourtant pas expressément de l'article 5 de l'ordonnance. Certes, le Conseil de la concurrence n'est pas obligé de répondre aux demandes émanant des organismes et des collectivités locales, mais ce n'est pas dans l'exercice d'un pouvoir d'appréciation que lui reconnaît l'article 5 qu'il fonde sa décision de ne pas connaître de ce type de demande ; c'est bien sur l'interprétation du texte de l'article 5 qu'il fonde son refus. On peut penser que, pour le Conseil de la concurrence, la consultation sur des projets ou propositions de lois ou d'actes réglementaires n'entre jamais dans les intérêts dont les organismes ou collectivités locales ont la charge. On peut penser aussi que le

Conseil a été sensible aux risques d'offrir une tribune et des moyens d'action dilatoires aux groupes de pression et ainsi de transformer le rôle du Conseil de la concurrence.

Dans tous les cas l'avis remis par le Conseil de la concurrence est bien sûr purement consultatif. Mais il existe une différence de régime pour la publication de l'avis (article 10, alinéa 2 du décret précité du 29 décembre 1986). "Les avis rendus en application de l'article 5 de l'ordonnance et destinés à une commission parlementaire ou au Gouvernement peuvent être publiés par leur destinataire ou, avec l'accord de ce dernier, par le Conseil de la concurrence" tandis que la publication des avis rendus sur saisine des organismes et des collectivités locales reste à la discrétion du Conseil de la concurrence ("Le Conseil de la concurrence peut publier les avis demandés par d'autres personnes"). D'une façon générale il faut constater que les avis sont publiés.

L'article 6 de l'ordonnance

17 - L'idée avancée par le groupe d'experts d'une consultation obligatoire sur les projets de textes réglementaires anticoncurrentiels a été retenue par le Gouvernement dans l'article 6 de l'ordonnance. Cette disposition introduit une disposition radicalement nouvelle par rapport à la loi du 19 juillet 1977.

En application de l'article 6 de l'ordonnance, le Gouvernement doit consulter le Conseil de la concurrence "sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant directement pour effet : 1° de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives ; 2° D'établir des droits exclusifs dans certaines zones ; 3° d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente".

Par rapport au projet du groupe d'expert qui proposait de soumettre au Conseil tout projet de texte réglementaire ayant directement pour effet de fausser la concurrence, l'énumération limitative de l'article 6 semble traduire une volonté de restreindre le champ de la consultation obligatoire. En réalité il s'agit plutôt d'une précision. Comme on l'a vu plus haut le Conseil de la concurrence a développé une notion d'atteinte à la concurrence dans le cadre de l'article 5 qui renvoie aux rubriques de l'article 6 ; d'autre part, dans la mesure où l'énumération de l'article 6 apparaîtrait trop limitative par rapport à la notion générale d'atteinte à la concurrence le Conseil s'est donné les moyens d'interpréter l'article 6 largement puisqu'il se donne pour mission dans le cadre de l'article 6 de rechercher si les dispositions réglementaires qui lui sont soumises portent atteinte "aux principes dont s'inspirent les dispositions du titre 3 de l'ordonnance" (avis du 25 septembre 1990, n° 90-A-16).

18 - L'obligation de saisir le Conseil de la concurrence marque la volonté de soumettre systématiquement à un contrôle par une autorité indépendante les textes les plus gravement attentatoires à la liberté du commerce et de l'industrie. De 1987 à 1993, neuf demandes d'avis ont été seulement demandées au titre de l'article 6 de l'ordonnance de 1986 (1). Cela paraît bien peu. Il faut noter par exemple qu'aucune demande d'avis n'a porté sur les nombreux arrêtés interministériels d'extension des accords interprofessionnels agricoles pris sur la base de la loi du 15 juillet 1975 "relative à l'organisation interprofessionnelle agricole" alors que de nombreux accords interprofessionnels ainsi étendus imposent entre professionnels d'une filière des pratiques uniformes de prix et des conditions de vente. Il serait souhaitable que les requérants pensent plus souvent à invoquer l'éventuelle violation par l'administration de

(1) Quatre demandes en 1988, deux en 1990, une en 1992 et deux en 1993. Aucune en 1987, en 1989 et en 1991 (données issues des rapports d'activité annuels du Conseil de la concurrence).

l'article 6 de l'ordonnance. À ma connaissance la juridiction administrative n'a été amenée à sanctionner la violation de l'article 6 que dans un seul cas (C.E., 10 février 1992, Fédération des syndicats pharmaceutiques de France, non publié). Le Gouvernement après avoir adopté un premier arrêté, pris pour l'application de l'article L 512 (6è) du Code de la santé publique, fixant les caractéristiques des aliments infantiles dont la vente est réservée aux pharmaciens, après consultation du Conseil de la concurrence a modifié quelques mois après ce texte sans saisir de nouveau le Conseil. Le nouvel arrêté est annulé pour défaut de consultation. La fixation des caractéristiques des aliments infantiles dont la vente est réservée aux pharmaciens relève bien du champ d'application de la consultation obligatoire au titre de l'article 6.

Le Conseil de la concurrence est lui-même sensible au respect de sa compétence consultative et souhaite parfois être consulté sur les mesures d'application des décrets qui lui sont soumis. Dans son avis du 31 mai 1988 (accès des acheteurs en halles à marée) il n'admet la réglementation envisagée qui soumet l'agrément des acheteurs sur les marchés de gros des produits de la mer à l'engagement par eux d'un minimum d'achat pour une période donnée, qu'à la condition que cela n'ait pas pour objet ni pour effet de réserver l'accès des criées aux seuls mareyeurs. Ainsi, seul l'examen des dispositions de l'arrêté interministériel appelé à déterminer les limites entre lesquelles doit être fixée le minimum d'achat permettra au Conseil d'apprécier l'exacte portée de l'obligation imposée aux acheteurs. Le Conseil est d'avis que "dès lors, en application de l'article 6 de l'ordonnance, le Conseil de la concurrence devra obligatoirement être consulté sur les dispositions dont il s'agit de l'arrêté interministériel et qu'il y a lieu de faire état de cette obligation dans le projet de décret" imposant un minimum d'achat. Cette technique du Conseil de la concurrence est à rapprocher de la méthode suivie par la Commission des Communautés européennes lorsqu'elle examine les régimes d'aides d'État et qu'elle n'admet la compatibilité d'un régime d'aide qu'à la condition que certains cas d'application du régime des aides lui soient également notifiés.

19 - Le décret du 29 décembre 1986 fixant les conditions d'application de l'ordonnance du 1er décembre 1986 dispose que les avis rendus en application de l'article 6 de l'ordonnance sont publiés avec les textes auxquels ils se rapportent. Cela renforce, bien que le Gouvernement n'ait pas l'obligation de suivre l'avis qui lui est remis, la portée de la consultation. Noter que si le texte auquel l'avis se rapporte n'est pas adopté par le Gouvernement (notamment du fait d'un avis contraire du Conseil de la concurrence) l'avis ne sera pas publié. Ainsi sur les neuf saisines du Conseil de la concurrence sur la base de l'article 6 de l'ordonnance, seuls cinq avis ont été publiés.

Liste de ces avis :

- avis du 2 mars 1988, n° 88-A-02 (réglementation des soldes périodiques ou saisonnières), publié dans le *rapport d'activité* 1989, p. 194.
- avis du 26 avril 1988, n° 88-A-08 (monopoles des pharmaciens sur les laits infantiles) publié dans le *rapport d'activité du Conseil de la concurrence* 1988, p. 152.
- avis du 31 mai 1988, n° 88-A-10 (réglementation de l'accès des acheteurs en halles à marée), publié dans le *rapport d'activité* 1989, p. 195.
- avis du 25 septembre 1990, n° 90-A-16 (visite technique des véhicules) *rapport d'activité* 1990, p. 191.
- avis du 5 mars 1992, n° 92-A-02 (monopole des pharmaciens sur les laits infantiles), *rapport d'activité* 1992, p. 523.

L'ÉTENDUE DU CONTRÔLE EXERCÉ PAR LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE

20 - Le Conseil de la concurrence exerce, au nom de la concurrence, un contrôle étendu sur les réglementations anticoncurrentielles proche du contrôle dit "contrôle maximum". L'idée générale qui préside à ce contrôle est celle dans laquelle s'inscrit l'ensemble de l'ordonnance de 1986 et selon laquelle la concurrence est, au moins sur le moyen terme, un facteur de progrès. Elle ne peut donc être sacrifiée que si la restriction à la libre concurrence est nécessaire à la poursuite des fins d'intérêt général.

Pour autant le Conseil ne fait pas le bilan des atteintes à la concurrence et des objectifs poursuivis pas les pouvoirs publics. Il ne recherche pas si les avantages résultant de la politique des pouvoirs publics sont suffisants pour compenser les atteintes à la concurrence. La concurrence cède ainsi toujours devant les objectifs ou impératifs d'intérêt général dès lors qu'il est démontré que ces objectifs ne peuvent pas être poursuivis sans remettre en cause les principes de la libre concurrence.

L'étendue du contrôle est identique que l'on se trouve dans le cadre de l'article 5 ou de l'article 6. Saisi par le Gouvernement de l'avant projet de loi portant réforme de professions judiciaires et juridiques dans le cadre de l'article 5, le Conseil de la concurrence décide "qu'il y a lieu d'apprécier si les restrictions susceptibles d'être apportées à la concurrence par certaines dispositions du projet sont justifiées au regard des objectifs recherchés et si elles n'ont pas un caractère excessif par rapport à ces objectifs" (avis 90-A-01, rapport d'activité 1990, p. 164). Dans les avis du 26 avril 1988 et du 5 mars 1992 (monopole des pharmaciens sur la vente des laits infantiles, précités) rendus sur la base de l'article 6 le Conseil dit qu'"il y a lieu d'apprécier si, et dans quelle mesure, les dispositions de l'arrêté soumis au Conseil de la concurrence reposent sur des motifs d'intérêt général, et notamment de santé publique, suffisants pour justifier la vente en pharmacie des aliments visés par ledit arrêté".

21 - Voici comment la "pratique" du Conseil de la concurrence peut être sommairement présentée à partir de quelques exemples.

Dans les affaires du monopole des pharmaciens sur la vente des laits infantiles, ne sont pas justifiées par des motifs de santé publique le monopole des pharmaciens sur la vente des aliments lactés diététiques maternisés car d'une part ces aliments seraient interchangeable, d'autre part, ils sont librement commercialisés dans d'autres pays. En revanche, en réservant aux pharmaciens la vente des préparations de régime qui permettent de répondre aux besoins alimentaires spéciaux des enfants de moins de quatre ans atteints de troubles métaboliques ou nutritionnels, le Gouvernement de porte pas d'atteinte excessive aux principes de la concurrence dès lors qu'en raison de leurs caractéristiques et de leur destination, ces laits sont habituellement consommés sur prescription médicale et que des conseils sur leur utilisation peuvent être donnés utilement par le pharmacien. "La distribution de ces produits exclusivement en pharmacie peut répondre à un objectif de protection de la santé".

Les nouvelles dispositions restreignant le monopole des pharmaciens sur les laits infantiles en le réservant aux seuls aliments lactés dont les protéines sont hydrolysées sont en revanche acceptées car des laits ne devraient être consommés que sur prescription médicale et ne devraient pas faire l'objet d'une publicité auprès du grand public. Ils présentent des caractéristiques particulières et sont normalement destinés aux enfants pour lesquels existent des risques familiaux d'allergie.

Dans l'avis du 31 mai 1988 (précité) le Conseil après avoir observé que "les dispositions de l'article 3 du projet ont pour effet de soumettre l'accès des acheteurs aux marchés de première mise en vente des produits de la mer à des restrictions et

apportent ainsi une limitation à l'exercice de la libre concurrence", est d'avis "qu'il y a lieu, par conséquent, d'apprécier si, et dans quelle mesure, chacune des restrictions envisagées est, compte tenu de la spécificité des produits de la mer et des marchés en cause, nécessaire au bon fonctionnement des halles et plus généralement, de la filière de commercialisation de ces produits".

Le Conseil accepte le principe d'une réglementation imposant aux acheteurs sur ces marchés de gros un engagement d'un minimum d'achats pendant une période donnée. Mais il juge que l'obligation de respecter un nombre minimum de jour d'achats pendant une période donnée n'est pas justifié. "L'obligation faite aux acheteurs d'être présents sur les marchés un nombre de jours minimum risquerait de figer les situations acquises et de cloisonner les marchés, rendant ainsi plus complexes et plus onéreux, pour les acheteurs les plus actifs la diversification de leurs sources d'approvisionnement et les arbitrages entre les prix pratiqués dans les différentes halles ; qu'ainsi l'obligation d'engagement sur un nombre minimum de jours d'achat au cours de la période de référence n'apparaît pas dans son principe indispensable au bon fonctionnement des marchés et peut, au contraire, être plus nuisible que bénéfique à l'efficacité de la filière de commercialisation des produits de la mer".

Dans son avis du 25 septembre 1990 (précité) le Conseil est d'avis qu'"il appartient au conseil de rechercher si les atteintes apportées, par les dispositions réglementaires aux principes dont s'inspirent les dispositions du titre 3 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, n'affectent pas la concurrence dans une mesure excédant ce qui est *strictement nécessaire* (1) à la satisfaction d'impératifs d'intérêt général".

En l'espèce les limitations à l'exercice de la libre concurrence résultent de l'obligation faite aux centres de contrôle mis en place pour les visites techniques des véhicules de dépendre en principe de réseaux d'importance nationale et des fortes restrictions auxquelles sont soumises les professions de la réparation et du commerce de l'automobile pour l'exercice de l'activité de contrôle. Le projet de décret ne prévoit la possibilité pour le préfet d'habiliter des centres de contrôle indépendant d'un réseau que si les circonstances locales l'exigent ou pour répondre à des situations géographiques particulières. "Le principe de la limitation de la possibilité de créer des centres de contrôle indépendants d'un réseau est justifié par l'intérêt général qui s'attache à l'incitation à la création de réseaux, seuls capables d'assurer une implantation suffisante des centres de contrôle sur la totalité du territoire. La limitation édictée par le projet de décret bien qu'importante, n'excède pas ce qui est nécessaire pour assurer la satisfaction de cet impératif d'intérêt général".

Dans l'avis relatif à l'avant projet de loi portant réforme des professions judiciaires et juridiques, le Conseil se montre très réservé sur la réglementation de la consultation et de la rédaction d'acte juridique fondé sur un monopole assorti de mesures dérogatoires. Les mesures dérogatoires ne lui paraissent pas suffisantes. Surtout il estime que "dans ces conditions se pose très sérieusement la question de la pertinence et de l'applicabilité d'une réglementation de l'exercice du droit qui serait fondée sur un monopole assorti d'un réseau complexe de mesures dérogatoires". "La protection de l'utilisateur pourrait être complétée par des dispositions qui n'ont pas de caractère anticoncurrentiel et qui n'impliquent nullement l'institution d'un monopole, telles que l'obligation, pour ceux qui dispensent des conseils juridiques ou rédigent des actes, de souscrire une assurance de responsabilité professionnelle et celle de mentionner dans les actes l'identité et la qualité du praticien du droit qui en est l'auteur".

(1) souligné par nous.

22 - La comparaison entre le contrôle exercé par le Conseil de la concurrence et le contrôle exercé par le Conseil d'État sur des réglementations anticoncurrentielles lorsqu'il les examine au regard du respect du principe de la liberté du commerce et du principe d'égalité met en évidence le peu d'importance qu'accorde le Conseil d'État à la concurrence comme facteur ou élément de l'intérêt général.

Il est clair que pour le Conseil d'État le fait qu'une mesure administrative porte atteinte à la concurrence n'est pas en lui-même un élément de nature à le conduire à étendre le contrôle qu'il exerce sur l'acte administratif et à faire passer éventuellement son contrôle du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation au stade du contrôle de la nécessité de la mesure. En particulier lorsqu'il est en présence d'une mesure anticoncurrentielle le Conseil d'État ne met pas en place un test de contrôle plus sévère au titre du contrôle de la violation du principe d'égalité devant la loi ou devant les charges publiques. Le contrôle exercé au titre du principe d'égalité sur les mesures d'intervention économique est toujours assez faible quelle que soit l'atteinte à la concurrence que comporte les mesures adoptées (C.E. 29 juin 1951, Syndicat de la raffinerie de soufre française, S. 1952, 3, p. 33, concl. Barbier ; D. 1951, p. 663, note M. Waline).

Le rapprochement de l'avis du Conseil de la concurrence (sur le monopole des pharmaciens sur les produits lactés infantiles ; avis du 26 avril 1988, précité) avec l'arrêt du Conseil d'État du 26 octobre 1990, Sté Paridoc (*JCP* 1992, 21876, note M. Bazex) qui portent sur le contrôle du même arrêté interministériel du 28 avril 1986 fixant les caractéristiques des laits infantiles réservés aux monopoles des pharmaciens est instructif. Alors que le Conseil de la concurrence avait recherché la nécessité de réserver aux pharmaciens la vente des produits lactés maternisés et non maternisés et qu'il avait d'ailleurs conclu à l'absence de nécessité dans les deux cas d'un tel monopole, le Conseil d'État juge "qu'en égard à l'objet de l'arrêté attaqué qui est de garantir la bonne alimentation et la santé des nourrissons, les auteurs dudit arrêté n'ont pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en n'opérant pas de distinction entre les aliments lactés diététiques maternisés et, d'autre part, les aliments lactés diététiques non maternisés, comme le suggérait l'avis du conseil de la concurrence en date du 26 avril 1988" (1).

Cependant la protection de la concurrence ou de l'égalité de concurrence n'est pas étrangère à l'étendue du contrôle du Conseil d'État dans certains cas. Classiquement on présente comme bien fondé sur le souci de préserver l'égalité de concurrence le contrôle exercé par le juge administratif sur la création des services publics locaux ou l'octroi d'aides à des entreprises destiné à satisfaire les besoins de la population.

De même il semble que, devant la mise en place par l'administration d'un régime qui conduit à créer un monopole de fait, l'atteinte à la concurrence est telle que le Conseil d'État exerce un contrôle sur l'adéquation de la mesure aux finalités poursuivies. Tel serait le cas dans l'arrêt du Conseil d'État du 9 novembre 1988, Territoire de la Polynésie française c/ Compagnie tahitienne maritime (*RDP* 1989, p. 242 concl. Guillaume et D. 1990, p. 201 avec la note de P. Soler-Couteaux et F. Llorens). En l'espèce le Conseil d'État annule un mécanisme de licence d'importation de ciment avec attribution de la licence, après adjudication, au moins disant mis en place en Polynésie française. Le T.O.M. recherchait la baisse des produits importés mais en l'espèce le C.E. juge que la méthode utilisée n'est pas adéquate à la recherche d'un tel objectif. Pour le juge "l'allégation suivant laquelle ce mécanisme aurait pour objet et pour effet de faire baisser le prix des ciments importés au profit des

(1) On remarquera que le Conseil d'État procède à une analyse erronée de l'avis du Conseil de la concurrence qui n'avait pas non plus formellement admis le monopole des pharmaciens pour les laits non maternisés.

consommateurs ne constitue pas un motif d'intérêt général suffisant à justifier l'atteinte portée" au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Sous cette formule nouvelle le Conseil d'État montre qu'il exerce un contrôle de l'adéquation de la mesure aux objectifs poursuivis, voire même un contrôle du bilan de la mesure. Comme le montrait le Commissaire du Gouvernement, d'une part, la situation du marché du ciment en Polynésie où la concurrence entre les importateurs était suffisante ne justifiait pas l'instauration d'un mécanisme destiné à faire baisser les prix ; d'autre part, l'instauration d'un monopole de fait au profit d'un seul des importateurs choisi après adjudication comporte de nombreux inconvénients dont le risque de provoquer à terme la disparition des concurrents et donc les mécanismes naturels de baisse des prix.

Peut-on espérer que les dispositions des articles 5 et 6 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et la pratique du Conseil de la concurrence conduisent à influencer la conception de son rôle par le juge administratif lorsqu'il est saisi de mesures réglementaires anticoncurrentielles ? Cette évolution souhaitable serait d'autant plus aisée que le Conseil d'État a montré qu'il n'était pas toujours insensible aux atteintes au libre jeu de la concurrence dans certaines affaires.