

Communiqué relatif à la mise en œuvre du rejet pour défaut de priorité

par l’Autorité de la concurrence

20 octobre 2022

1. Contexte et cadre juridique

La Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018, dite « Directive ECN+ », prévoit de conférer à l’ensemble des autorités nationales de concurrence européennes la faculté de rejeter certaines saisines considérées comme non prioritaires, et, ainsi, d’optimiser l’allocation de leurs ressources. Le paragraphe 5 de l’article 4 de la Directive ECN+ dispose en effet que « *Les autorités nationales de concurrence administratives ont le pouvoir de fixer leurs priorités afin de s’acquitter des tâches nécessaires à l’application des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne (...). Dans la mesure où les autorités nationales de concurrence administratives sont tenues d’examiner les plaintes formelles, ces autorités ont le pouvoir de rejeter de telles plaintes au motif qu’elles ne les considèrent pas comme une priorité. Cette disposition est sans préjudice du pouvoir des autorités nationales de concurrence administratives de rejeter des plaintes pour d’autres motifs définis par le droit national.* » Le considérant 23 de la Directive ECN+ énonce en outre que « *Les autorités nationales de concurrence administratives devraient avoir la possibilité d’établir des priorités pour leurs procédures relatives à la mise en œuvre des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne de manière à pouvoir utiliser efficacement leurs ressources et s’attacher à prévenir et faire cesser les comportements anticoncurrentiels faussant la concurrence dans le marché intérieur.* »

La Directive ECN+ a été transposée en droit français par l’ordonnance du 26 mai 2021¹. L’article L. 462-8 du code de commerce prévoit désormais que l’Autorité de la concurrence (ci-après, l’« Autorité ») peut « *rejeter la saisine par décision motivée lorsqu’elle estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d’éléments suffisamment probants ou, pour les saisines reçues en application du II et du IV de l’article L. 462-5, lorsqu’elle ne les considère pas comme une priorité* ».

L’exposé des motifs du projet de loi ratifiant l’ordonnance susmentionnée précise que celle-ci « *a pour objet d’améliorer la réactivité de l’Autorité de la concurrence, notamment, en lui permettant [...] de mieux gérer ses priorités d’action (possibilité de rejet de certaines saisines)* »². Dans le même esprit, le

¹ Article 2 de l’ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021 relative à la transposition de la directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des Etats membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur. L’ordonnance a été prise sur le fondement de l’article 37 de la loi n° 2020-1508 du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d’adaptation au droit de l’Union européenne en matière économique et financière (« DDADUE »).

² Exposé des motifs du projet de loi ratifiant l’ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021, enregistré à la Présidence de l’Assemblée nationale le 28 juillet 2021.

Gouvernement a estimé que cette ordonnance permettrait notamment à l’Autorité de « *mieux tenir compte des enjeux économiques en fixant ses priorités d’action dans un cadre souple (principe dit de « l’opportunité des poursuites »)* »³.

L’introduction d’une faculté de rejet de saisine pour défaut de priorité vient compléter les cas d’irrecevabilité, de rejet et de clôture prévus à l’article L. 462-8 du code de commerce⁴.

Le deuxième alinéa de l’article L. 462-8 du code de commerce dispose que les saisines concernées par un possible rejet pour défaut de priorité sont celles déposées par des entreprises ou organismes énumérés au deuxième alinéa de l’article L. 462-1⁵ ou par les régions, départements et collectivités d’outre-mer⁶, visant l’ensemble des pratiques mentionnées aux articles L. 420-1 à L. 420-2-2⁷ et L. 420-5 du code de commerce ou celles contraires aux mesures prises en application de l’article L. 410-3. Ne sont ainsi pas concernées les saisines du ministre chargé de l’économie⁸, ni les saisines d’office⁹.

Après avoir entendu les parties à la procédure, la décision de rejet pour défaut de priorité est prise par le collège, ou par le président de l’Autorité seul ou un vice-président désigné par lui¹⁰.

Conformément à l’article L. 462-8 du code de commerce, la décision de rejet pour défaut de priorité est motivée.

La décision est notifiée aux parties et au ministre chargé de l’économie¹¹ qui ont la possibilité d’introduire, dans un délai d’un mois, un recours en annulation ou en réformation devant la cour d’appel de Paris¹².

Les décisions de rejet pour défaut de priorité sont publiées sur le site internet de l’Autorité¹³.

2. Appréciation de la priorité d’une saisine reçue en application du II et du IV de l’article L. 462-5 du code de commerce

Afin d’offrir une meilleure visibilité aux acteurs économiques, l’Autorité entend préciser, dans le présent communiqué, les facteurs dont elle pourra tenir compte dans ses décisions de rejet pour défaut de priorité.

³ Communiqué de presse du Conseil des ministres du 28 juillet 2021.

⁴ Il est rappelé que le collège peut également, lorsqu’aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence n’est établie, décider qu’il n’y a pas lieu de poursuivre la procédure (décision de non-lieu, article L. 464-6 du code de commerce).

⁵ Le II de l’article L. 462-5 du code de commerce renvoie aux organismes mentionnés au deuxième alinéa de l’article L. 462-1 qui vise les saisines 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 territoriales, de l’Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique et des présidents des observatoires des prix, des marges et des revenus des collectivités relevant de l’article 73 de la Constitution et des collectivités d’outre-mer de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Wallis-et-Futuna et de Saint-Pierre-et-Miquelon* ».

⁶ IV de l’article L. 462-5 du code de commerce.

⁷ Il est à cet égard indifférent que la saisine s’appuie sur le droit national ou les articles 101 et 102 du Traité sur le Fonctionnement de l’Union européenne.

⁸ I de l’article L. 462-5 du code de commerce.

⁹ III de l’article L. 462-5 du code de commerce.

¹⁰ Article L. 461-3 du code de commerce.

¹¹ Article L. 464-8 du code de commerce.

¹² Article L. 464-8 du code de commerce.

¹³ Article D. 464-8-1 du code de commerce, pris en vertu de l’article L. 490-11 du même code.

L'objectif poursuivi par l'Autorité dans la mise en œuvre de cette nouvelle prérogative est de concentrer son action sur les saisines qu'elle estime prioritaires au regard de l'intérêt de l'affaire, qu'elle apprécie sur la base de différents facteurs tels que décrits ci-dessous, et compte tenu des contraintes qui s'imposent à elle, en particulier l'utilisation optimale de ses ressources.

Ainsi, le caractère prioritaire de chaque saisine sera apprécié par une mise en balance entre, d'une part, l'intérêt de l'affaire et, d'autre part, les ressources et le temps nécessaires au traitement de la saisine, depuis l'instruction de l'affaire jusqu'à la décision du collège.

L'Autorité pourra notamment tenir compte de quatre facteurs, susceptibles de se cumuler le cas échéant, pour évaluer l'intérêt d'une affaire. Cette liste n'est pas limitative et d'autres facteurs pourront être pris en compte selon les circonstances factuelles et juridiques spécifiques aux saisines en cause.

Les facteurs permettant à l'Autorité de la concurrence d'apprécier l'intérêt d'une saisine sont notamment les suivants :

- i. La gravité potentielle des pratiques dénoncées** : l'Autorité poursuit en priorité les infractions graves au droit de la concurrence dans tous les secteurs. Elle apprécie la gravité en fonction notamment de la nature de l'infraction dénoncée, des paramètres de concurrence concernés, de la nature des activités, des secteurs ou des marchés en cause, de la nature des personnes susceptibles d'être affectées ou des caractéristiques objectives de l'infraction dénoncée. La durée présumée de l'infraction est également un élément pertinent que l'Autorité peut, le cas échéant, prendre en compte ;
- ii. L'envergure de l'affaire** du point de vue du volume d'affaires affecté et des **enjeux économiques** en cause ;
- iii. La nécessité de clarifier une question d'ordre juridique ou économique pour éclairer les parties prenantes** : l'Autorité évalue si les saisines en cause peuvent lui permettre de trancher un point nouveau d'ordre juridique ou économique ou d'enrichir sa pratique décisionnelle ;
- iv. Le caractère stratégique de l'intervention de l'Autorité dans une affaire donnée**, qu'elle peut notamment évaluer à la lumière des éléments suivants :
 - **Le fait que l'Autorité soit la mieux à même d'intervenir dans un objectif de protection du fonctionnement concurrentiel des marchés.** Ce facteur s'apprécie notamment au regard de la possibilité que d'autres instances, en particulier les juridictions commerciales ou administratives, soient mieux placées pour traiter le problème identifié ;
 - **Le caractère suffisamment sérieux de la saisine et la capacité à rassembler, de la manière la plus efficace possible, les pièces nécessaires à l'établissement des faits.** L'Autorité peut notamment être amenée à rejeter une saisine qui contiendrait des indications manifestement trompeuses ou erronées ;
 - **L'impossibilité pour l'Autorité d'apprécier l'existence d'effets de la pratique dénoncée.** L'Autorité pourra rejeter une saisine si elle est dans l'impossibilité d'apprécier l'existence d'effets, mêmes potentiels, des pratiques alléguées – par exemple lorsque les pratiques alléguées ne revêtent, au jour de la saisine, qu'un caractère purement hypothétique, ou lorsque celles-ci, notamment parce qu'elles ne se sont pas matérialisées ou que leur survenance est improbable, ne sont manifestement pas susceptibles de produire de tels effets (ou des effets suffisamment sensibles) sur l'économie, le secteur intéressé ou encore les consommateurs ;

- **L'ancienneté des faits au moment de la saisine ou la cessation des pratiques en cause ;**
- **L'existence d'une procédure portant sur les mêmes pratiques ou des pratiques similaires, qui serait déjà en cours d'examen à l'Autorité ou qui aurait déjà fait l'objet d'une décision de l'Autorité.**