

Quelle portée donner à un avis de l'Autorité de la concurrence?

L'Avis n°19-A-08 du 4 avril 2019 de l'Autorité de la concurrence connaît un retentissement considérable dans le secteur de la biologie médicale, qui prend une tournure politique. L'Autorité se positionne. Les professionnels s'inquiètent d'une volonté exprimée, réelle ou non, de la part des pouvoirs publics de libéraliser encore le secteur et de donner la part belle aux grands groupes dont le capital est ouvert aux investisseurs financiers.



© marchmea29 - istock

« Nous travaillerons avec les laboratoires d'analyses médicales pour leur permettre de baisser leurs prix en levant des contraintes comme celle de réaliser l'essentiel des analyses sur place », a déclaré le Premier ministre dans son discours du 5 mars dernier à l'occasion du 10^{ème} anniversaire de l'Autorité de la concurrence. Ajouté à la méthodologie de l'Autorité de la concurrence qui, pour la rédaction de cet avis, s'est livrée à une large consultation des professionnels du secteur concerné, cette intervention explique le retentissement politique de la publication de l'Avis n°19-A-08 de l'Autorité de la concurrence. Mais avant même de s'interroger sur les enjeux politiques pouvant résulter d'une volonté de réforme législative ou réglementaire touchant une nouvelle fois à l'activité de biologie médicale privée, une présentation de la réelle portée des avis généraux de l'Autorité de la concurrence s'impose. L'Autorité de la concurrence s'est autosaisie en novembre 2017 pour mener une enquête dans le secteur de la santé, spécialement consacrée au secteur de la distribution du médicament en ville et à la biologie médicale privée. Elle tire son pouvoir de l'article L462-4 du *Code de commerce* qui prévoit que l'Autorité de la concurrence peut prendre « l'initiative de donner un avis sur toute question concernant la concurrence. Cet avis est rendu public. Elle peut également recommander au ministre chargé de l'Économie ou au ministre chargé du secteur concerné de mettre en œuvre les mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés ».

Le Conseil d'État, dans un arrêt du 11 octobre 2012¹, avait précisé la nature de ces avis. La société Casino avait exercé un recours en annulation à l'encontre d'un avis rendu par l'Autorité de la concurrence dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris. Aux termes de cet avis, certaines des recommandations formulées étaient susceptibles d'être mises en œuvre par le Groupe Casino expressément nommé.

Préconisation ne veut pas dire prescription

Le Conseil d'État avait rejeté son recours, considérant qu'il est loisible à l'Autorité de la concurrence, lorsqu'elle émet un avis, de faire toute préconisation relative à la question de concurrence objet de son analyse, qu'elle s'adresse au législateur, aux ministres intéressés ou aux opérateurs économiques et que les prises de position et recommandations qu'elle formule à cette occasion ne constituent pas des décisions faisant grief. Le fait qu'un groupe de distribution en particulier soit cité comme susceptible de mettre en œuvre les recommandations est dès lors indifférent. Il en irait toutefois différemment si les recommandations revêtaient le caractère de dispositions générales et impératives ou de prescriptions individuelles dont l'Autorité pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance.

Dans la continuité de cette jurisprudence, l'avis du 4 avril 2019 ne comporte pas en lui-même d'appréciation susceptible d'emporter des effets de droit. Toutefois, il ne faut pas sous-estimer la portée des avis de l'Autorité de la concurrence qui

façonneront la doctrine, tant auprès du pouvoir judiciaire et de la justice administrative qu'auprès de l'autorité réglementaire. Il faut savoir que l'Autorité de la concurrence, qualifiée d'autorité administrative et indépendante par l'article L.461-1 du *Code de commerce*, outre son rôle de gendarme du marché, joue aujourd'hui un rôle considérable dans sa régulation à travers l'émergence de recommandations de nature certes macro-économique mais avec un degré poussé de précisions, dès lors qu'il s'agit d'analyses sectorielles. Le dépassement du simple rôle de gendarme de la concurrence amène ainsi l'Autorité de la concurrence à rechercher si des règles de fonctionnement établies dans un secteur sont satisfaisantes au regard des règles de la concurrence et si elle n'est pas en mesure d'affirmer sa propre lecture.

Le rapport du Conseil d'État de 2001, consacré aux autorités administratives indépendantes, rappelait que l'objectif de la régulation était « moins de qualifier les faits par rapport à des normes préétablies et d'aboutir au respect de celles-ci par la sanction, que de chercher par tout moyen à susciter des standards de comportement ». Le constat date de 2001. Le rôle qu'entend jouer l'Autorité de la concurrence dans la régulation des marchés constitue bien un aboutissement de cette réflexion.

Des avis très influents

Dorénavant, lorsque l'Autorité de la concurrence s'autosaisie, elle entend non seulement jouer un rôle pédagogique auprès des acteurs du marché mais aussi influencer sur les pouvoirs publics à faire évoluer la réglementation.

Certes, comme le rappelle indirectement la jurisprudence du Conseil d'État, les avis de l'Autorité de la concurrence ne lient pas le pouvoir réglementaire. Toutefois, l'activité consultative de l'Autorité de la concurrence participe à la construction normative du droit de la concurrence en France, « au stade de la conception même de la régulation économique »². Qu'il s'agisse de la protection du consommateur ou du très haut débit, ces dernières années, les avis de l'Autorité de la concurrence ont démontré leur importance vis-à-vis de la mise en œuvre de la politique économique des gouvernements successifs. Juristes et parlementaires ont fait remarquer que la pratique mise en œuvre par l'Autorité de la concurrence et son appropriation des dispositions législatives lui conférant des pouvoirs d'autosaisine peuvent constituer un risque dès lors que ce droit d'intervention viendrait à supplanter celui plus légitime des autorités politiques³. Dans la même veine, certains auteurs, juristes spécialisés dans le droit de la concurrence, ont aussi fait un parallèle entre les

« Il ne faut pas sous-estimer la portée des avis de l'Autorité de la concurrence qui façonnent la doctrine tant auprès du pouvoir judiciaire et de la justice administrative, qu'auprès de l'autorité réglementaire. »

pratiques développées par l'Autorité de la concurrence et celles des lobbyistes par les pouvoirs d'influence exercés sur l'exécutif et les parlementaires. Dès lors, les professionnels du secteur de la biologie médicale sont légitimes lorsqu'ils réagissent à l'avis du 4 avril 2019. Pour autant, l'opposition ne peut pas être uniquement frontale.

À titre d'exemple, l'analyse des dommages collatéraux posés par le traitement du régime dérogatoire issu de l'article 5-1 de la loi de 1990 est symptomatique. Selon les travaux menés, non seulement la fin de la faculté offerte par l'article 5-1 de dissocier les voix du capital n'a pas eu l'effet de protection escompté mais il a aussi, par « dissymétrie », pour reprendre l'expression employée, créé un déséquilibre de marché au bénéfice des entités qui pouvaient continuer sous ce régime dit dérogatoire. Un autre exemple vient à l'esprit. De nombreux laboratoires indépendants souhaiteraient aujourd'hui, pour consolider leur stratégie d'alliance, disposer de plus de facilité dans l'organisation des territoires. Dès lors, on voit bien que l'émergence de règles normatives dans le secteur de la concurrence repose sur un équilibre subtil à trouver entre l'émergence de règles salutaires qui, si elles bénéficient à tous les acteurs, quelle que soit leur taille, auront souvent un effet de levier d'autant plus fort que l'acteur sera important et des positions dominantes. Les professionnels, les Ordres et les syndicats ont donc la responsabilité de rechercher des solutions efficaces à promouvoir auprès des pouvoirs publics pour permettre au secteur de la biologie médicale de demeurer une terre d'accueil pour l'intégralité des professionnels libéraux et leur laisser la liberté de choisir leur mode et leurs structures d'exercice. En définitive, n'est-ce pas là le gage d'une saine et bonne concurrence à laquelle l'Autorité de la concurrence devrait être aussi profondément attachée ? ■

1. Conseil d'État, 11 octobre 2012, Société Casino Guichard - Perrachon, requête n°357193.

2. Bruno Lasserre, l'Office de l'Autorité de la concurrence, *Revue annuelle des Avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, 2009, pages 100 et suivantes.

3. Rapport parlementaire AN n°2925 2010-2011