

Autorité de la concurrence



Les entretiens du contentieux

Colloque organisé par les sections du contentieux et du rapport et des études
du Conseil d'Etat, 28 novembre 2023

Table ronde : Les différentes formes de l'intérêt général

Le thème de notre discussion – « les différentes formes de l'intérêt général » – est à l'image de la gouvernance fragmentée, diffractée du monde d'aujourd'hui. Le risque de la diffraction est de ne pas y voir clair – mais elle peut aussi permettre de révéler des couleurs invisibles, comme le fit J.W. von Goethe dans sa théorie des couleurs. Nul doute que la diversité des points de vue dans le cadre de ce panel y contribuera.

• **L'Etat régulateur et la dévolution de compétences à des autorités administratives indépendantes – servir autrement l'intérêt général**

Chacun de nous, depuis son champ d'expertise propre, a pu appréhender le phénomène, désigné d'un terme presque désuet, de l'essor de « l'Etat régulateur ». Ce basculement s'est observé sur le terrain économique, avec le désengagement de l'Etat, en lien avec un mouvement de libéralisation économique, dont l'ouverture à la concurrence de secteurs anciennement en monopole légal est une manifestation particulièrement visible. Il s'est produit également en matière sociétale, au regard d'une exigence accrue d'effectivité, de transparence et d'impartialité pour la protection des libertés publiques.

○ C'est une évolution déjà ancienne, amorcée dans les années 80, mais qui, dans sa traduction institutionnelle, ne s'est pas démentie.

En effet, pour assumer autrement ces fonctions, l'Etat a inauguré un nouveau mode d'intervention. Bruno Lasserre a formalisé, dans un discours de 2019 précisément intitulé « l'Etat régulateur »¹, cette transformation du rôle de l'Etat, dont il relève aussitôt qu'elle a emporté une forme de délégation de compétences à de nouveaux acteurs : les autorités administratives indépendantes, qui ont constitué « *le moyen de répondre à la demande d'adaptation à une réalité économique, sociale et politique nouvelle au travers d'un tiers de confiance chargé de garantir le respect des principes fondamentaux.* »

Il est révélateur, à cet égard, que la première de ces AAI ait été la Commission nationale de l'informatique et des libertés, la CNIL, créée en 1978. La mission dévolue à cette institution correspond particulièrement bien à cette idée d'une attente sociétale en termes de garantie des

¹ [L'Etat régulateur](#), Ecole nationale d'administration (Strasbourg), Rencontre avec les élèves de la nouvelle promotion de l'ENA, 25 janvier 2019.

libertés qui devrait être confiée non pas à l'exécutif, fût-ce sous le contrôle du juge, mais à une entité hors de son pouvoir hiérarchique.

Plusieurs autres AAI parmi celles créées depuis lors relèvent de la même approche : le défenseur des droits, le contrôleur général des lieux de liberté, l'autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires... assurent chacun la protection d'un droit fondamental. Ce faisant, ils concourent à la sauvegarde de l'intérêt général, car il s'agit pour chacun, dans son champ de compétence, de vérifier si la restriction à l'exercice de certains droits ou libertés : par exemple, liberté d'aller et de venir, droit à la tranquillité, la santé et la salubrité publiques, telle que permise par le législateur, s'opère dans des conditions équilibrées, conformes à l'intérêt général.

- De même, dans le champ économique, c'est aussi la garantie de l'exercice des libertés qui est dévolue aux autorités administratives indépendantes. En effet, dès lors que l'intervention directe de l'Etat reflue, et que des secteurs anciennement en monopole légal s'ouvrent à la concurrence, cette libéralisation requiert de veiller à une égalité réelle entre acteurs. L'équité du fonctionnement des marchés est un objectif fondamental du droit de la concurrence et de ses ramifications les plus récentes, comme le règlement européen sur les marchés numériques.

Ces deux ordres de préoccupation : défense des droits fondamentaux, défense de la liberté économique, peuvent du reste se trouver imbriqués, et justifier ensemble la création d'une autorité administrative indépendante. Ce fut le cas par exemple avec le secteur audiovisuel, qui vit l'apparition de la seconde institution qualifiée d'AAI, cette fois par le Conseil constitutionnel, en 1984², s'agissant de la Haute autorité de la communication audiovisuelle, lointain prédécesseur de l'Arcom, qui à la fois régulait un secteur tout juste ouvert à des acteurs privés, et se trouvait chargée de veiller à « *l'indépendance du service public de la radiodiffusion* ».

C'est à la même période, par une loi de 1985³, que la Commission de la concurrence reçoit elle aussi finalement cette qualification, juste avant sa mutation en Conseil de la concurrence, aux pouvoirs nettement rehaussés, dans le contexte de l'ordonnance de 1986⁴ de libéralisation de l'économie française.

- **L'Autorité de la concurrence, acteur d'un écosystème de la régulation économique**

L'Autorité de la concurrence qui lui a succédé en 2009 s'inscrit donc dans ce mouvement de diversification de l'écosystème administratif, la production normative et la pratique décisionnelle étant le fait d'acteurs toujours plus variés.

- La politique de concurrence en est une illustration particulièrement probante, en premier lieu parce qu'il s'agit d'une politique de l'Union européenne mise en œuvre de manière décentralisée.

L'application des règles de concurrence européennes s'inscrit dans le cadre d'un système institutionnel intégré associant les autorités nationales de concurrence de chaque Etat membre et la Commission européenne.

2 Décision n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, *Loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé*

3 Loi n°85-1408 du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence

4 Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence

Il y a exactement vingt ans, le règlement 1/2003 a fait le pari de remettre dans les mains des autorités nationales de concurrence la compétence pour appliquer directement les stipulations du traité prohibant les pratiques anticoncurrentielles, sans que s'intercale une norme de droit dérivé, chaque fois que la pratique litigieuse affecte le commerce entre Etats membres. Il a instauré, selon les termes du 4^{ème} considérant de son préambule, « *un régime d'exception légale* », qui vient se substituer à la situation antérieure de compétence exclusive de la Commission européenne, en abolissant le régime de notification centralisée et d'autorisation préalable des accords qui avait cours depuis 1962, soit rien moins qu'un demi-siècle.

○ Ce faisant, l'Autorité de la concurrence est devenue non seulement un acteur de la régulation dans l'ordre normatif français, dans le cadre de ce mouvement de dévolution que je rappelais, mais aussi un intervenant dans le champ européen.

Cette intégration, assez inédite, est allée se renforçant. Le réseau européen de la concurrence établi par le règlement 1/2003 a enrichi les mécanismes de coopération entre ses membres, d'abord sur une base volontaire, puis parachevés par leur traduction dans un nouveau texte de droit positif, la directive 2019/1 du 11 décembre 2018 *visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur*, dite directive ECN+.

Aujourd'hui, les autorités nationales de concurrence produisent environ 90% de l'ensemble des décisions rendues sur le fondement des articles 101 et 102, et parmi elles, l'Autorité de la concurrence est la deuxième autorité ayant présenté le plus de tels projets de décisions depuis la création du réseau européen de la concurrence, après l'Italie.

A l'heure où l'Union européenne, et singulièrement la Commission européenne, sont trop souvent accusées de piétiner notre souveraineté, ce chiffre mérite d'être plus largement connu.

○ Autant dire que si l'Autorité est indépendante, elle n'est pas isolée. Son positionnement est celui d'un ancrage assumé dans l'écosystème institutionnel de la régulation économique, qui s'observe aussi bien au plan européen, on l'a vu, que national. Comme le président Mario Draghi aimait à le répéter dans le cas de la Banque centrale européenne, l'indépendance s'exerce dans l'interdépendance⁵.

Sur la scène domestique, je me dois de rappeler d'abord que cette indépendance a nécessairement pour corollaire la responsabilité et la transparence. L'Autorité s'inscrit dans un dialogue dense avec le parlement et le gouvernement, notamment dans le cadre de l'élaboration de projets de texte, de la préparation de réformes ou de réflexions face à une situation de crise.

D'un point de vue institutionnel, et au cœur même de nos fonctions d'enquêtes de concurrence, les mécanismes de coopération avec la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes permettent à l'Autorité d'ancrer sa pratique dans la réalité économique des territoires, dans l'hexagone et en outremer. 30% des dossiers en cours d'instruction nous sont parvenus par les indices collectés par ses agents, partout en France. Notre production décisionnelle est donc directement liée à cette étroite interaction.

⁵ [On the importance of policy alignment to fulfil our economic potential](#), Mario Draghi, 5th Padoa-Schioppa Lecture, Bruxelles, 9 juin 2016.

○ J'évoquerai également notre interaction avec les autres autorités administratives indépendantes et en particulier les régulateurs sectoriels. Ce dialogue figure en effet au nombre des priorités énoncées par la feuille de route de l'Autorité⁶. Il concerne tous les régulateurs sectoriels dont le champ de compétence croise des sujets d'intérêt majeur pour la régulation concurrentielle : c'est le cas, par exemple, avec l'Arcom, au vu des mouvements d'ampleur en cours dans le secteur des médias, ou la CRE, dans un contexte où il importe de protéger les consommateurs d'énergie, ou encore avec l'Autorité de régulation des transports, compte tenu des avis d'initiative actuellement instruits par l'Autorité, et de l'ouverture à la concurrence de plusieurs pans de ce secteur.

○ Ainsi, la coopération avec la CNIL, dans la période récente, a été particulièrement étroite, en raison de l'intersection des problématiques concurrentielles et de protection des données. Nos relations se matérialisent sur le plan institutionnel, par des rencontres entre nos collègues respectifs, ainsi que des formations croisées, et aussi sur le fond de nos dossiers contentieux, puisque le code de commerce requiert que nous saisissions pour avis les régulateurs sectoriels quand une affaire touche à leur domaine de compétence. Le 12 décembre, se tiendra en partenariat avec la CNIL un événement sur « Protection des données et concurrence », lors duquel nous présenterons une déclaration conjointe de nos deux institutions.

- **La concurrence, une « composante de l'intérêt général » aux contours évolutifs**

Cette place de l'Autorité dans l'écosystème de la régulation économique, quel objectif sert-il ?

La diversification des lieux de production de décision, la multiplication des interactions et des mécanismes, souples ou formels, de coopération entre régulateurs, répondent à une vision élargie de l'objectif de politique publique poursuivi par chaque acteur.

○ S'agissant de l'Autorité de la concurrence, je dirai que notre appréhension du périmètre de notre mission n'a jamais été restrictive, mais que nous n'entendons aucunement excéder le mandat qui nous est donné.

Dans une allocution de 2014, Jean-Marc Sauvé a exposé que la concurrence était « *une composante de l'intérêt général* », qui cependant « *ne saurait devenir une fin en soi* »⁷.

C'est bien l'approche que nous retenons. L'Autorité tient ses pouvoirs de la loi, et ne saurait donc exercer son mandat que dans les limites qu'elle lui a assignées. Mais elle a le devoir de remplir le plus pertinemment et utilement possible sa mission, au service du bien-être du consommateur.

○ Cette notion n'est pas interprétée de manière restrictive, et son analyse ne se borne notamment pas à faire bénéficier le consommateur du prix le plus bas. Elle inclut une référence à la qualité, à la variété et à l'innovation, et cette dimension non tarifaire a été expressément prise en compte dans un grand nombre de décisions, en particulier en contrôle des concentrations – lequel s'opère sous le contrôle du juge administratif.

⁶ [L'Autorité publie sa feuille de route 2023-2024](#), 3 mars 2023.

⁷ [A quoi sert la concurrence ?](#), Jean-Marc Sauvé, allocution d'ouverture, colloque de la Revue Concurrences, 4 décembre 2014

Cela a été le cas dans plusieurs dossiers dans le secteur hospitalier. Notre évaluation de l'impact de projets de fusion entre cliniques s'est attachée à apprécier la dégradation de l'accès, de la diversité et de la qualité des services de santé qui en résulterait, ce qui a conduit à une autorisation conditionnée à des mesures correctives⁸.

Dans de nombreuses autres affaires, ce sont les effets d'une opération sur le pluralisme de la presse et des médias qui ont été intégrés à l'analyse concurrentielle, et des remèdes imposés en vue de préserver la diversité du contenu éditorial, en maintenant des rédactions en chef distinctes et dédiées aux différents titres (par exemple lors de la prise de contrôle de Midi Libre par La Dépêche du Midi en 2015), ou même en imposant une obligation de cession d'un titre de presse (ainsi, en 2019, lors de la prise de contrôle exclusif de Mondadori France par Reworld Media).

○ Sur ce terrain, il n'y a donc rien de nouveau. Pour autant, faut-il estimer que cette approche au prisme du bien-être du consommateur est suffisante ? Dès lors que le consommateur élargit la focale pour inclure dans son comportement de nouveaux paramètres de choix, de nouvelles exigences, ne nous faut-il pas prendre en compte plus largement des considérations autres que la concurrence ?

On l'a dit, la concurrence est une composante de l'intérêt général. Si la préférence du consommateur vient à inclure de nouveaux paramètres relatifs à la qualité des produits et services, alors ceux-ci deviennent *ipso facto* des paramètres de concurrence, et il nous appartient d'en prendre la mesure. Mais la demande sociale pour plus d'équité dans l'économie, pour manifeste qu'elle soit dans le débat public, excède quant à elle le périmètre de la régulation concurrentielle.

Typiquement, la transition écologique est une préoccupation qui se reflète dans le comportement des acteurs sur le marché. En tant que telle, elle a bel et bien été intégrée dans l'analyse concurrentielle. Dans l'exercice de délimitation des marchés, l'Autorité a estimé par exemple que pouvait être envisagée l'existence d'un segment spécifique de la fourniture d'électricité verte⁹, ou que devait être actée l'existence d'un marché des produits « bio »¹⁰.

Les lignes directrices révisées de la Commission européenne sur les accords de coopération horizontale prévoient la possibilité pour les entreprises, sous des conditions clairement énoncées, de coopérer dans le cadre d'« accords de durabilité ». C'est une nouvelle preuve que le droit de la concurrence sait s'adapter à l'évolution des priorités collectives. Avant la fin de cette année, l'Autorité soumettra à consultation publique un projet de communiqué de procédure pour en détailler les modalités.

En revanche, si un accord entre entreprises cause une restriction de concurrence, il n'est pas possible de la justifier, et permettre l'existence d'ententes anticoncurrentielles, au motif que cet accord générerait un bénéfice en termes de développement durable pour des consommateurs

8 Décision 17-DCC-95 du 23 juin 2017 *relative à la prise de contrôle exclusif du groupe MédiPôle Partenaires par le groupe Elsan* ; Décision 20-DCC-38 du 28 février 2020 *relative à la prise de contrôle exclusif de la société Hexagone Santé Méditerranée et de la SCI Bonnefon-Carnot par le groupe Elsan*

9 Décision 21-DCC-18 du 29 janvier 2021 *relative à la prise de contrôle conjoint de la société Dijon Métropole Smart Energy par Dijon Métropole et les sociétés Storengy et Rougeot Énergie Invest* ;

¹⁰ Décision 21-DCC-161 du 10 septembre 2021 *relative à la prise de contrôle exclusif de certaines activités du groupe Bio c' Bon par la société Carrefour France*

d'un marché entièrement distinct de celui affecté par la pratique en cause. L'Autorité de la concurrence n'a pas mandat d'opérer la balance entre ces deux ordres de préoccupation, et seul le pouvoir normatif est légitime à intervenir pour établir un standard, imposer aux entreprises des obligations qui satisfassent l'objectif d'intérêt général tenant à la durabilité ou décider de la redistribution des bénéfices générés par une pratique d'un marché à un autre.

○ Sur les dimensions de l'intérêt général prises en charge par d'autres régulateurs, l'Autorité peut s'appuyer sur l'environnement coopératif que j'ai décrit pour inclure dans son analyse, dans toute la mesure adéquate, leur expertise, tout en respectant la frontière entre leurs mandats respectifs.

Pour prolonger l'exemple tiré de la diversité éditoriale comme dimension de la qualité de l'offre, je mentionnerai notre collaboration avec l'Arcom, régulateur de l'audiovisuel, qui pour sa part est chargé de veiller à la défense du « *pluralisme des courants d'expression socio-culturels* », au sens de la décision du Conseil constitutionnel sur la loi de 1986¹¹, qui y voit une modalité de la liberté de communication de l'article 11 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

La distinction entre ces deux objectifs a été bien décrite dans un avis du Conseil de la concurrence du 26 mai 2003¹² concernant un projet de loi relatif aux communications électroniques. Il expose qu'ils peuvent se rejoindre, mais sans pour autant créer de confusion « *entre compétition économique et compétition éditoriale, entre objectif de concurrence et objectif de pluralisme, entre régulation économique et régulation audiovisuelle* ». Elle a, plus encore, fait l'objet de développements particulièrement éclairants dans une double décision du Conseil d'Etat statuant sur la demande d'annulation de la décision de l'Autorité, et de la délibération du CSA, concernant l'acquisition du groupe AB par TF1¹³. Il a souligné à cette occasion que la décision de l'Autorité d'autorisation sous réserve d'engagements devait être proportionnée à l'exigence du « *maintien d'une concurrence suffisante* », tandis que celle du régulateur sectoriel devait « *veiller à ce qu'une diversification suffisante des opérateurs et le jeu normal de la concurrence permettent, en préservant notamment un accès équilibré de tous les opérateurs à la ressource publicitaire et aux marchés des droits, que l'objectif fondamental de pluralisme et l'intérêt du public soient respectés* ».

Elle est illustrée également, plus récemment, par le rapprochement entre TF1 et M6, finalement abandonné par les parties, soumis au contrôle des deux régulateurs, dans des approches convergentes, mais distinctes. L'Arcom avait à faire application du dispositif spécifique dit « anti-concentration » prévu par la loi de 1986 : TF1 et M6 possédant à elles deux 10 fréquences TNT, alors que cette règle leur aurait interdit d'en détenir plus de 7, les chaînes TFX et 6ter allaient être cédées à Altice, et les parties annonçaient renoncer à la licence TNT de Paris Première. A son tour, cette cession de TFX et 6ter était soumise au contrôle de l'Autorité de la concurrence.

*

11 Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*

12 Avis n° 03-A-08 du 26 mai 2003 *relatif à une demande d'avis complémentaire du ministre de la culture et de la communication et de la ministre déléguée à l'industrie concernant un projet de loi relatif aux communications électroniques*

13 CE, Section, 30 décembre 2010, société Métropole télévision, n°338197 et 338273

* *

L'Autorité de la concurrence est déterminée à œuvrer pour cette facette de l'intérêt général que constitue l'ordre public économique, ambitieuse dans son acception du bien-être du consommateur, et attentive cependant à rappeler que la concurrence ne peut pas tout. Chacun des objectifs de l'intérêt général est d'autant mieux servi que la règle popularisée par l'économiste Jan Tinbergen n'est pas méconnue et que chaque acteur de la régulation économique intervient dans toute la mesure, et la limite, de ses attributions.