Le droit français de la concurrence,
quarante ans après l'ordonnance
du 1er décembre 1986



Alexander Italianer

Directeur général de la DG Concurrence de la Commission européenne de 2010 à 2015
et Secrétaire général de la Commission européenne de 2015 à 2018

Réflexions sur mon mandat à la tête de la DG Concurrence, de 2010 à 2015[1]

DG CCRF
Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

Autorité de la concurrence

De février 2010 à septembre 2015, j'ai exercé les fonctions de Directeur général de la Direction générale de la Concurrence (DG Concurrence) de la Commission européenne, sous l'autorité des commissaires Joaquín Almunia puis, pendant une période plus brève, Margrethe Vestager. Au moment de ma prise de fonctions, je venais d'achever un programme de formation de 14 mois qui m'avait permis de passer d'un profil marqué par ma participation à l'introduction de l'euro, à l'élargissement de l'Union européenne et aux initiatives en faveur d'une meilleure réglementation à celui d'un responsable jusque-là « outsider » dans le domaine de la politique de concurrence, mais relativement bien préparé à assumer cette lourde responsabilité. Nommé dès le début du mois de décembre 2008, ce n'est que lorsque ma compatriote Neelie Kroes, alors commissaire européenne à la Concurrence, a changé de portefeuille, au début du second mandat de la Commission Barroso, que j'ai pu accéder à cette fonction de direction, conformément aux règles de la Commission.

"À mon arrivée, j'ai repris l'un des fleurons, pour ne pas dire l'un des poids lourds, de la Commission européenne."

À mon arrivée, j'ai repris l'un des fleurons, pour ne pas dire l'un des poids lourds, de la Commission européenne. Mon prédécesseur, Sir Philip Lowe, avait mis à profit ses sept années et demie à la tête de la DG Concurrence pour bâtir une organisation particulièrement solide. À la suite des trois célèbres arrêts défavorables rendus au début des années 2000 par le Tribunal de première instance dans les affaires *Airtours, Schneider/Legrand* et *Tetra Laval*, il avait instauré une approche davantage fondée sur l'analyse économique dans l'application du droit de la concurrence, comme en témoigne la mise en place d'une équipe de 25 personnes placée sous la responsabilité d'un économiste en chef. Il avait également mis en œuvre, à la suite de l'adoption du règlement (CE) n° 1/2003, la réforme la plus importante du cadre européen de la concurrence depuis le début des années 1960, ce règlement ayant notamment introduit (i) un système d'autoévaluation afin de faire face à l'accumulation des notifications à traiter, dont le nombre devait augmenter de manière exponentielle après l'élargissement de 2004, avec, dans un premier temps, dix nouveaux États membres ; (ii) le principe d'une application décentralisée du droit de la concurrence, permettant aux autorités nationales de concurrence d'appliquer les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) parallèlement à leur droit national ; et (iii) la création du Réseau européen de la concurrence (REC), regroupant les autorités nationales de concurrence. Parallèlement, il avait transformé la structure verticale traditionnelle de la DG Concurrence en une organisation matricielle, favorisant les synergies sectorielles entre les différents instruments de la politique de concurrence ainsi qu'une utilisation plus efficace des ressources, dont le volume ne cessait de croître.

En effet, bien que la DG Concurrence disposât déjà d'effectifs importants en 2010 (environ 900 agents), elle était confrontée à des difficultés croissantes liées à une charge de travail considérable[2]. Si son organisation assurait un fonctionnement particulièrement efficace des mécanismes de contrôle et d'équilibre des pouvoirs, notamment grâce au rôle des unités de coordination, du conseiller-auditeur et du service juridique, elle n'en demeurait pas moins soumise à une forte pression opérationnelle. Celle-ci tenait notamment aux délais impératifs imposés dans certains domaines, tels que le contrôle des concentrations, mais aussi, parfois, à une baisse de motivation liée à la complexité du processus de validation des décisions. C'est notamment l'un des messages que j'ai entendus lors de mes petits-déjeuners hebdomadaires avec des agents récemment arrivés à la DG Concurrence. Beaucoup venaient du secteur privé, où les méthodes de travail étaient bien plus simples, puisqu'ils travaillaient directement avec l'associé responsable du dossier et le client. En outre, les agents de la DG Concurrence, en raison de leur bonne réputation, étaient souvent sollicités pour rejoindre d'autres directions générales. En conséquence, la DG Concurrence connaissait un taux de rotation des effectifs relativement élevé, les départs dépassant certaines années 15 % des effectifs. Au cours de mon mandat, j'estime qu'environ la moitié des effectifs a

dû être renouvelée. Cela dit, la qualité des agents était exceptionnellement élevée et je n'ai jamais eu le sentiment que ces mouvements affectaient la continuité ou la qualité de notre travail. Pour ma part, j'ai cherché, par divers moyens, à rationaliser l'organisation et à renforcer la motivation des agents. Alors que nos services étaient initialement répartis dans plusieurs immeubles de bureaux, nous avons rapidement regroupé nos équipes dans un seul et même bâtiment, la célèbre tour Madou. J'ai également développé la mobilité des agents et des cadres, tout en encourageant la prise en charge, dès le début de carrière, de fonctions de coordination, voire de gestion de dossiers. Afin de mieux assurer la continuité des activités, j'ai mis en place un système de gestion des connaissances sur l'intranet. À la suite d'une demande d'accès à des documents formulée par un ancien agent de la DG Concurrence, nous avons également publié une version publique du Manuel de procédures antitrust (*Antitrust Manual of Procedures*), contribuant ainsi à renforcer la transparence vis-à-vis des tiers. J'ai également œuvré, dans le cadre d'une démarche participative, à une meilleure définition des attentes des supérieurs hiérarchiques à l'égard de leurs collaborateurs, notamment en matière d'équilibre entre vie professionnelle et vie privée, un facteur essentiel du bien-être des agents. J'ai par ailleurs instauré un système de promotion fondé sur le mérite, accordant un rôle accru aux responsables hiérarchiques les plus proches des agents. Peut-être moins populaire, j'ai également mis en place un système de suivi du temps de travail, à l'instar de ce qui se pratique dans les cabinets d'avocats, non pas pour contrôler individuellement le temps de travail des agents, mais plutôt pour mieux comprendre comment nos ressources étaient réparties en fonction des priorités liées au traitement des dossiers.

Dans ce bref article, il serait trop long d'aborder tous les aspects de notre pratique en matière d'application des règles de concurrence, mais je voudrais en mentionner quelques-uns qui me paraissent particulièrement importants.

Avant mon arrivée, la Commission venait de rendre sa décision dans l'affaire *Intel*, infligeant une amende de 1,06 milliard d'euros. Cette décision revêtait une importance particulière, car elle était emblématique de la manière dont l'analyse économique s'était intégrée à la pratique décisionnelle en matière de pratiques d'éviction. Dans ses orientations de 2008-2009 relatives à ses priorités en matière de pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, la Commission avait annoncé qu'elle recourrait au critère du « concurrent aussi efficace » pour déterminer les priorités de son action. La décision Intel a adopté une approche particulière quant au rôle du critère du « concurrent aussi efficace ». Une longue série de décisions judiciaires rendues par la suite dans cette affaire (qui ont notamment annulé l'amende initiale), ainsi que dans d'autres affaires portant sur des pratiques d'éviction, telles que *Post Danmark I* et *II*, a finalement permis de clarifier la manière dont ce critère, et donc l'analyse économique, pouvaient jouer un rôle dans l'application de l'article 102. Cela a enfin permis à la Commission de préciser sa position quant au rôle à accorder à ce critère dans les affaires portant sur des pratiques présumées d'éviction, dans ses lignes directrices sur les pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, publiées en septembre 2026.

Un domaine dans lequel, au cours de mon mandat, la lutte contre les ententes et les abus de position dominante, mais aussi le contrôle des concentrations et l'application des règles en matière d'aides d'État, ont pris de l'importance concernait les conséquences, tant dans le secteur privé que, parfois, dans le secteur public, de la libéralisation des secteurs des réseaux et des services publics, tels que les marchés de l'électricité et du gaz, les télécommunications, les services aériens ou les transports publics. Sans citer les affaires individuelles bien connues, il s'agissait notamment de questions telles que les restrictions d'accès aux réseaux de gaz, aux infrastructures de télécommunications ou aux réseaux ferroviaires, jusque-là exploités en situation de monopole, les aides d'État en faveur de l'énergie nucléaire, les opérations de concentration faisant passer de quatre à trois le nombre d'opérateurs de télécommunications, ainsi que les diverses opérations de concentration et, parfois, les aides d'État destinées à maintenir à flot les compagnies aériennes nationales. Toutes ces affaires ont mis en évidence la complémentarité entre la libéralisation du marché unique et la politique de concurrence.

La complémentarité inverse, pour ainsi dire, a également joué. Certaines lacunes ou, tout simplement, les limites de l'application des règles de concurrence ont parfois conduit à l'adoption de nouvelles dispositions législatives relatives au marché unique. Cela s'est notamment illustré par le règlement sur les marchés numériques (*Digital Markets Act, DMA*), adopté en même temps que sont apparues de nombreuses affaires concernant les plateformes numériques, mais aussi par le règlement sur les commissions d'interchange (*Interchange Fee Regulation*), qui a transposé en droit ce qui relevait auparavant de décisions antitrust concernant les émetteurs de cartes bancaires. Après les nombreuses affaires relatives aux aides d'État destinées au sauvetage de banques privées et publiques, sous la forme de restructurations, de consolidations ou de procédures de résolution, ont été mis en place les pouvoirs de supervision bancaire de la Banque centrale européenne (BCE), le mécanisme de résolution unique et la directive relative au redressement et à la résolution des banques, dont le mécanisme de renflouement interne (*bail-in*) a étendu à un cadre général ce que nous avions fait au cas par cas dans le domaine des aides d'État.

"[Ces] affaires ont mis en évidence la complémentarité entre la libéralisation du marché unique et la politique de concurrence."

Dans le domaine des ententes, la Commission avait modifié, au cours des années précédant mon arrivée, sa communication de 1996 sur la clémence afin d'inciter davantage les entreprises à demander le bénéfice de la clémence et à dénoncer les ententes. Du point de vue de l'application des règles de concurrence, il subsistait toujours une certaine incertitude quant à savoir si ce cadre serait suffisamment incitatif. Juste avant mon arrivée, la Commission avait également adopté une communication relative aux procédures de transaction dans les affaires d'ententes, en vertu de laquelle une réduction de 10 % de l'amende pouvait être accordée aux entreprises disposées à conclure une transaction dans ce type d'affaires. Au cours de mon mandat, cette possibilité a été fréquemment utilisée, ce qui a considérablement simplifié le traitement des affaires d'ententes et semble indiquer que le seuil de réduction de 10 % était approprié. Bien que distinct du dispositif de clémence, le mécanisme de transaction, combiné à ce dernier, a permis de mettre en place un cadre de traitement des affaires d'ententes à la fois gérable et relativement efficace. S'il vaut toujours mieux prévenir que guérir, cette efficacité est illustrée par le fait qu'entre le 1er janvier 2010 et le 30 juin 2015, un montant total d'environ 9 milliards d'euros d'amendes pour ententes a été infligé, avant ajustements. Cela dit, si de telles amendes pouvaient être considérées comme un moyen de dissuasion important pour les entreprises tentées de participer à des ententes, il demeurait difficile pour les victimes de ces pratiques d'obtenir réparation : elles devaient engager une procédure complexe en dommages et intérêts, lorsqu'une telle démarche était possible, souvent en partant de zéro. L'idée n'était pas de mettre en place un système de recours collectifs à l'américaine prévoyant des dommages-intérêts triples, mais plutôt un système visant à garantir une véritable indemnisation des préjudices subis. Nous avons donc présenté une proposition de directive, qui a été adoptée relativement rapidement par le législateur européen et en vertu de laquelle une infraction au droit européen ou national de la concurrence pourrait servir de preuve de l'existence d'une infraction dans le cadre d'une action en dommages et intérêts.

À la suite de la crise financière de 2008-2009, des voix se sont élevées pour réclamer un affaiblissement des pouvoirs des autorités de concurrence (faisant écho, d'une certaine manière, à l'exemption générale prévue par le *National Industrial Recovery Act* de 1933, dans le cadre du New Deal de Roosevelt, qui soustrayait les entreprises aux dispositions du *Sherman Act* et du *Clayton Act*). En conséquence, de nombreux responsables d'autorités nationales de concurrence se sont sentis sous pression, certains voyant même leurs ressources menacées. Alors que le règlement 1/2003 ne faisait qu'instituer le REC dans un considérant, sans apporter de précisions supplémentaires, j'ai pris l'initiative de

proposer au sein du REC l'adoption, fin 2010, d'une résolution intitulée « Les autorités de concurrence dans l'Union européenne : la nécessité persistante d'institutions efficaces » (*Competition authorities in the European Union – the continued need for effective institutions*). Par la suite, les autorités nationales de concurrence ont convenu de travailler ensemble afin de cerner les atouts et les faiblesses de leurs institutions, posant ainsi les bases analytiques de la directive ECN+, en vertu de laquelle les États membres devaient garantir aux autorités nationales de concurrence une indépendance suffisante, des ressources adéquates et des moyens d'action efficaces. La nécessité d'une coopération étroite entre les autorités de concurrence dépassait largement le cadre européen. Les réunions régulières au sein du Comité de la concurrence de l'OCDE constituaient un forum très utile pour examiner les évolutions récentes et, dans la mesure du possible, élaborer des instruments de coopération efficaces. Je garde un excellent souvenir de la coopération très ouverte et franche entre les principales autorités, notamment avec Bruno Lasserre pour la France, au sein des instances du Comité. Ce forum était complété, à l'échelle mondiale, par l'International Competition Network (ICN), une initiative informelle lancée en 2001 par 14 autorités de concurrence et qui compte aujourd'hui quelque 140 autorités issues d'environ 130 juridictions. L'ICN est devenu un lieu d'échange et d'élaboration d'outils de formation et de coopération, tous destinés à servir un même objectif : favoriser la prospérité et le bien-être grâce à des mécanismes garantissant une concurrence équitable entre les acteurs du marché.

1 Article rédigé en anglais et traduit en français.

2 Il m'a été indiqué qu'entre le 1er janvier 2010 et le 30 juin 2015, plus de 6 000 décisions émanant de la DG Concurrence avaient été adoptées, dont environ 60 dans le cadre d'affaires d'ententes et d'abus de position dominante, 1 500 en matière d'opérations de concentration et près de 4 500 en matière d'aides d'État.