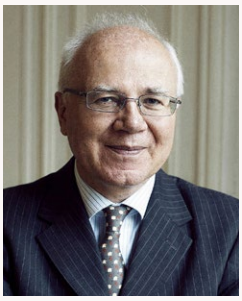
Le droit français de la concurrence,
quarante ans après l'ordonnance
du 1er décembre 1986



Bruno Lasserre

Président du Conseil de la concurrence de 2004 à 2009, puis de l'Autorité de la concurrence de 2009 à 2016
Vice-président du Conseil d'État de 2018 à 2022
Président de la Commission d'accès aux documents administratifs

1986-2026. D'une singularité française à une autre, à laquelle il ne faudrait surtout pas renoncer…

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

Autorité de la concurrence

Lorsque l'ordonnance du 1er décembre 1986, dont nous fêtons le quarantième anniversaire, a créé le Conseil de la concurrence à partir de l'institution qui l'avait précédée, la Commission de la concurrence, dont l'indépendance et les pouvoirs ont été renforcés, bien peu d'autres pays disposaient d'une autorité comparable. En Europe, seuls l'Allemagne, avec le *Bundeskartellamt* dont l'origine remonte à 1958, et le Royaume-Uni, avec la *Monopolies and Restrictive practices Commission* mise en place en 1949 dont une partie des pouvoirs seront repris par l'*Office of Fair Trading* qui voit le jour en 1973, étaient dans ce cas. Sans mentionner bien sûr la Commission européenne, qui, comme on le sait, tient directement du Traité de Rome (1957) ses pouvoirs en matière de lutte contre les ententes et les abus de position dominante.

Quarante ans après, cette singularité - et il faut s'en réjouir - a disparu : tous les pays européens disposent d'une autorité nationale de concurrence, dont le statut et l'indépendance mais aussi les pouvoirs sont d'ailleurs garantis, dans les États membres de l'Union européenne, par les deux textes successifs adoptés en 2002 (le règlement 1/2003) et en 2018 (la directive ECN+). Ce mouvement ne s'est pas fait en une fois et il serait trop long de détailler toutes les étapes qui ont conduit , dans chacun des pays concernés, au perfectionnement des institutions en charge de la concurrence qui ont vu leur indépendance mieux définie et mieux garantie, leurs pouvoirs élargis à tous les instruments de la politique de la concurrence (y compris dans certains pays d'Europe orientale, la surveillance des aides d'État à laquelle est associée l'autorité nationale), leurs méthodes et leurs procédures en grande partie harmonisées. Les noms des autorités ont eux-mêmes évolué, traduisant ces changements de fond, comme l'illustre le cas français avec la transformation du Conseil en Autorité : au point que, si l'on met de côté l'océan de stabilité que représente l'Allemagne dans laquelle la douzaine d'amendements apportés à la loi sur les restrictions de concurrence (GWB) n'a pas remis en cause la « *marque institutionnelle* » acquise par le BKA, il n'est pas toujours facile de suivre la « *généalogie* » des autorités de concurrence en Europe.

Et pourtant… A regarder de plus près le paysage européen des autorités de la concurrence, une autre singularité, peut-être moins visible, caractérise aujourd'hui le cas français. Dans cet ensemble de 28 pays, en incluant le Royaume-Uni, la France est un des rares exemples, avec la Belgique, la Grèce et le Portugal, dans lesquels l'autorité qui a été créée à l'origine pour protéger la concurrence et s'est enrichie au fil du temps de nouveaux pouvoirs ou de nouveaux outils pour veiller précisément au fonctionnement concurrentiel des marchés est restée une « *pure* » autorité de la concurrence, alors que partout ailleurs les institutions qui avaient été conçues pour réaliser le même objectif ont été transformées en « *régulateurs des rapports économiques* », voire pour certaines d'entre elles en régulateurs de pans entiers de l'économie.

"La France est un des rares exemples […] dans lesquels l'autorité qui a été créée à l'origine pour protéger la concurrence […] est restée une "pure" autorité de la concurrence."

Essayons de décrire en quelques lignes cette évolution qui n'a fait que s'amplifier au fur et à mesure des années.

Le premier pas a été de confier aux autorités de la concurrence, au nom de l'économie de moyens et de la proximité des causes à défendre, la poursuite des pratiques commerciales déloyales, souvent en lien avec les juridictions civiles ou commerciales. Les exemples sont nombreux en ce sens, que ce soit dans les pays de l'ex Europe de l'Est dans lesquels la conversion au marché reste relativement récente (pays baltes, Slovénie, Pologne, Hongrie, etc.), dans ceux dans lesquels un accord politique s'est fait sur l'intérêt de ce regroupement (Suède, Autriche) ou même dans le camp des fondateurs historiques, comme l'Italie, pays dans lequel l'AGCM porte le nom significatif de « *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* ».

Le deuxième pas, encore plus important, a consisté à regrouper dans les mêmes mains - celles de l'autorité de la concurrence - les compétences en matière de concurrence et de protection des consommateurs. En 1986, le Royaume-Uni était le seul pays à connaître une telle organisation avec

l'*Office of Fair Trading*, dont le portefeuille reste, en gros, celui dévolu aujourd'hui à la CMA (*Competition and Markets Authority* : ces mots, comme en Italie, ne doivent rien au hasard). Force est de reconnaître qu'en 2026 ce qui apparaissait comme singulier il y a 40 ans est devenu un modèle très répandu : l'Allemagne, le Danemark, l'Italie, la Finlande, l'Irlande, Malte, les Pays-Bas, la Pologne ont fait par exemple ce choix.

De la protection des consommateurs à la mise en œuvre de certaines législations économiques qui veillent à l'équilibre entre producteurs et distributeurs - notamment au sein de la chaîne agro-alimentaire - ou entre clients et fournisseurs - sur le sujet par exemple des délais de paiement - , le pas a été relativement facile à franchir : significative est l'évolution qui a désigné dans certains pays l'autorité de la concurrence pour prendre en charge tout ou partie de ces problématiques (Luxembourg, Pologne par exemple). Dans le même esprit, l'on peut citer les cas, pas si rares, dans lesquels l'autorité de la concurrence a reçu la charge de veiller, dans l'intérêt des entités publiques ou plus généralement au nom de la protection de la transparence et de l'intégrité de ces procédures, au respect des exigences attendues en matière de commande publique ou d'attribution des concessions (Bulgarie, Danemark, République tchèque, Finlande par exemple).

Encore plus spectaculaire a été - et je parle là de réformes qui, adoptées en 2013, ont suscité un intense débat dans la famille européenne de la concurrence - la décision de regrouper sous un même toit la protection de la concurrence et la régulation sectorielle de pans entiers de l'économie nationale. Et pas des moindres : c'est ainsi que la CNMC espagnole (*Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* : il est intéressant de noter que les marchés passent devant la concurrence dans le nom de l'institution) a absorbé la régulation de l'énergie, des communications électroniques, de l'audiovisuel, des transports et des services postaux ou que l'ACM néerlandaise (*Autoriteit Consument & Markt* : le mot concurrence a disparu de l'intitulé) s'est vu assigner une fonction quasi-identique (sans l'audiovisuel mais avec la santé). Ces deux transformations ont provoqué tellement de bruit qu'elles ont fait oublier le cas, plus discret, de pays dans lesquels cet ajout s'est fait de manière beaucoup plus limitée : mais il est intéressant de noter les exemples de régulation sectorielle entrée dans le périmètre d'autorités de la concurrence comme celles du Danemark (l'eau), l'Autriche (la régulation des fournisseurs d'énergie dominants) ou les nouvelles prérogatives, qui - comme le *Digital Markets Act* (DMA) européen - relèvent à mon avis plus de la régulation que de la concurrence, confiées aux autorités de la concurrence d'Allemagne ou du Luxembourg à l'égard de certains acteurs numériques et en particulier les plateformes en ligne.

Soyons francs. Si la France est restée à l'écart de ce mouvement de « *concentration horizontale* » dans le design institutionnel de la concurrence, en préférant poursuivre le cap de l'« *intégration verticale* » qui visait à donner la plénitude des compétences concurrentielles à son autorité, les tentations d'emprunter le premier chemin n'ont pas manqué. Soit qu'elles viennent du pouvoir politique, qu'il s'agisse du gouvernement ou d'initiatives parlementaires, soit qu'elles aient résulté de pas de côté faits par l'Autorité elle-même, qui a pu s'aventurer parfois, sans toujours en mesurer les conséquences, sur un tracé qui ressemblait plus à une piste régulatoire qu'à la ligne droite de la « *pure* » concurrence. Je pense, sur le premier point, aux suites d'avis ou d'enquêtes sectorielles qui ont marqué l'opinion ou intéressé les politiques, au point de suggérer fortement que l'Autorité prenne en charge, de manière pérenne, la régulation des sujets sur lesquels elle avait fait des propositions fortes : le transport par autocar, les concessions autoroutières, les professions juridiques réglementées en sont de bons exemples. La fusion avec la DGCCRF, l'absorption de certains régulateurs sectoriels, l'utilisation du pouvoir de sanction de l'Autorité de la concurrence pour venir à bout de comportements jugés problématiques, sur des sujets aussi variés que les délais de paiement, les centrales d'achat dans la grande distribution ou les accords agricoles, sans oublier le rôle des plateformes numériques, ont fait l'objet de discussions à l'occasion de débats ou d'auditions parlementaires ou ont été envisagés dans des propositions de loi ou d'amendements issues de réflexions collectives, ou plus individuelles, à l'Assemblée nationale ou au Sénat. Sur le deuxième point, il est clair que la négociation d'engagements comportementaux par l'Autorité de la concurrence, pour clore une procédure contentieuse ou autoriser

une concentration, engagements dont elle devait en toute logique assurer la surveillance elle-même, a pu entraîner celle-ci dans un exercice qui relevait plus de la régulation sectorielle que de la « *pure* » concurrence au point parfois d'attendre d'elle qu'elle soit l'arbitre du partage de la valeur entre acteurs économiques : la question des droits voisins et de leur rémunération demandée par la presse aux plateformes numériques, venue devant l'Autorité de la concurrence, illustre bien cette tension.

Mais il faut reconnaître que si ces tentations ou ces suggestions ont existé, sans jamais déboucher sur des transformations concrètes du rôle de l'Autorité de la concurrence, à l'image des réformes menées dans d'autres pays européens, elles n'ont jamais été encouragées ou défendues par l'Autorité elle-même. Les débats ouverts au sein de la Commission pour la libération de la croissance française (la « *Commission Attali* ») en 2007, dont on sait qu'elle a été le creuset dans lequel a été pensée la transformation du Conseil en Autorité de la concurrence, n'ont pas une fois porté sur ces sujets. Et l'Autorité a constamment plaidé, avec sagesse et - je le crois - pertinence, pour renvoyer aux régulateurs sectoriels existants ou à créer la prise en charge d'arbitrages ou de décisions qui ne relevaient pas à strictement parler de la simple protection de la concurrence : c'est ce qu'elle a fait pour le transport par autocar, les concessions autoroutières ou l'attribution des « slots » aéroportuaires, en plaidant pour la mise en place d'un régulateur multimodal des transports qui a vu le jour avec la création de l'Autorité de régulation des transports (ART) ; c'est également la position qu'elle a prise à l'occasion de la réforme des professions réglementées du droit opérée par la loi de modernisation de l'économie en 2015 dans laquelle elle n'a pas réclamé plus - disons-le avec l'appui implicite des professionnels concernés quelque peu effrayés par l'irruption de l'Autorité dans la relation sereine qu'ils entretenaient avec la Chancellerie… - qu'un pouvoir d'avis sur la principale variable de la régulation de l'offre que sont le nombre d'offices et leur répartition. Et quand lui est revenu le rôle d'éclairer le gouvernement ou la Commission européenne sur la question de savoir si, au vu du développement de la concurrence dans le secteur, une régulation ex ante apparaissait encore nécessaire (le cas des communications électroniques, dans lequel le lancement ou le maintien d'un cycle de régulation est soumis en vertu des textes à l'avis de l'Autorité de la concurrence en est un bon exemple), on a plutôt reproché à celle-ci non de plaider pour une banalisation du secteur sous sa seule surveillance, mais de montrer au contraire trop de tolérance à l'égard des volontés interventionnistes imputées au régulateur sectoriel qu'est l'ARCEP…

Cela signifie t-il que la quasi-singularité française qui vient d'être mise en lumière autour du maintien d'une « *pure* » autorité de la concurrence est, en 2026, solidement établie ? Cela veut-il dire que le consensus, implicite ou explicite, qui a présidé à ce choix en 1986 et n'a pas été remis en cause dans les quarante ans qui ont suivi, est un acquis sur lequel il sera difficile de revenir dans les prochaines années ?

Ce serait aller vite en besogne et sans doute faire preuve d'irénisme que de répondre par l'affirmative à ces deux questions. Et ceci pour trois séries de raisons.

La première est que l'on peut probablement attendre du gouvernement, quel qu'il soit, issu des élections de 2027, des initiatives visant à « *rationaliser* » le paysage jugé aujourd'hui trop foisonnant, coûteux et complexe des autorités administratives indépendantes (AAI). Ces projets, comme l'ont montré le rapport Mézard en novembre 2015 (« Un État dans l'État : canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler ») et la loi qu'il a inspirée en janvier 2017, pourront s'appuyer sur un fort soutien parlementaire à l'idée, dix ans après cette première ambition, d'un nouvel exercice de réduction du nombre des AAI et d'un regroupement de compétences jugées aujourd'hui trop dispersées : la simplification, les économies budgétaires seront les maîtres mots d'un appel d'autant plus facile à mobiliser que la pression sera forte sur ces deux exigences.

La deuxième raison est que cet objectif de « *rationalisation* » risque d'être promu avec d'autant plus de vigueur que se développe une méfiance à l'égard des AAI, qui n'épargne pas non plus les juges, au nom d'une souveraineté du peuple que menaceraient les pouvoirs confiés à des collèges de technocrates non élus et donc non légitimes : il faut méditer, de ce point de vue-là, l'exemple des États-Unis mais aussi de pays plus proches de nous et se poser la question de savoir si les barrières

de protection que constituent aujourd'hui les règlements ou les directives de l'Union européenne garantissant l'indépendance mais aussi l'autonomie de moyens des autorités de concurrence ou de régulation résisteront à ces assauts.

La troisième et dernière raison est que, dans la culture politique française qui reste - il faut l'admettre - peu libérale en économie et donne parfois le sentiment que le passage de l'économie administrée à l'économie de marché qui était toute l'ambition des auteurs de l'ordonnance du 1er décembre 1986 suscite malgré l'écoulement du temps une confiance bien fragile de la part de ceux qui sont supposés en bénéficier, la protection du consommateur et la régulation sectorielle ont et auront plusieurs avantages comparatifs sur le recours à la concurrence : le politique peut avoir la main ; il est possible de se mettre autour d'une table avec les acteurs les plus influents pour discuter de ce que l'on veut faire ; les résultats peuvent être rapides et facilement mesurables.

Je fais confiance à l'Autorité de la concurrence pour développer, face à toutes ces perspectives encore incertaines, une vision claire et ordonnée de son propre avenir. Elle a de nombreux atouts : son insertion réussie dans le paysage institutionnel français, la reconnaissance de son succès au sein du Réseau européen de la concurrence (REC), la confiance que place en elle la Commission européenne, un rapport coût/efficacité qui peut avantageusement être comparé avec celui de ses principaux homologues dans les économies développées, un pouvoir de sanction très dissuasif qu'elle n'a pas hésité à utiliser, des mesures conservatoires - une spécificité française dont on ne soulignera jamais assez l'importance - pour prendre des mesures fortes dans le temps économique, son expertise des marchés numériques, des enquêtes sectorielles qui ont investi des sujets proches de la vie quotidienne des Français et de leurs préoccupations en matière de pouvoir d'achat. Tout cela compte, à la condition bien sûr que, dans la « *nouvelle revue* » des AAI à laquelle il faut probablement se préparer, la raison l'emporte sur les symboles ou les velléités plus politiciennes.

Pour ma part, puisqu'il est temps maintenant de conclure cette contribution personnelle à la réflexion collective que suscite le 40ème anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et qui fait resurgir les souvenirs de la célébration, à la Cour de cassation le 1er décembre 2006, des 20 ans de l'ordonnance organisée par le Comité des jeunes de l'AFEC au cours de laquelle avaient été justement débattues les perspectives d'évolution, possibles ou souhaitables, des institutions en charge de la concurrence (1), je souhaiterais partager trois convictions[1].

La première est que le prisme budgétaire n'est pas le bon point d'entrée pour l'exercice de « rationalisation » du paysage des AAI qui sera vraisemblablement mené. Les économies de coûts parfois évoquées pour justifier les regroupements ne sont pas à la hauteur des défis qui nous attendent pour redresser nos finances publiques : elles peuvent être atteintes par d'autres voies, qu'il s'agisse d'une évaluation approfondie - pour chacune des AAI à l'occasion de la construction de son budget - de son rapport coût/efficacité ou d'une mutualisation de certaines fonctions et donc de certaines dépenses qui pourraient être mises en commun (logistique, informatique, gestion RH, etc.).

La deuxième est qu'il faut prendre garde à ne pas produire l'effet inverse à celui recherché par ceux qui invoquent, au soutien des mêmes réformes, « *une nécessité démocratique* ». Si, comme le laissait penser l'intitulé du rapport de la Commission d'enquête sénatoriale sur le bilan et le contrôle des AAI (le rapport Mézard publié en novembre 2015, déjà cité), il s'agit d'éviter la constitution d'un « *État dans l'État* » en réhabilitant la place du politique par rapport à des collèges non élus, que penser de l'exemple espagnol ou néerlandais dans lequel l'autorité indépendante en charge de la concurrence et des régulations économiques les plus stratégiques concentre une « *puissance de feu* » que pourront difficilement égaler le ou les ministres auxquels il revient, en théorie, de mettre en œuvre les politiques publiques correspondantes ?

La troisième est que, s'il est certainement intéressant de procéder à une évaluation approfondie des avantages et des inconvénients des solutions choisies par d'autres pays pour procéder aux rapprochements ou fusions décrits plus haut, par rapport au modèle d'une « *pure* » autorité de la concurrence auquel s'est tenue la France, la voie de la sagesse commande, à mon avis, de garder le cap tel qu'il a été maintenu pendant 40 ans.

Ceux qui défendent l'idée d'un « *régulateur économique* » aux compétences élargies, incluant la protection des consommateurs et, pourquoi pas, certains leviers de la régulation sectorielle, n'ont pas tort de souligner que les missions assignées à ces fonctions sont proches et même complémentaires : veiller au bon fonctionnement des marchés en faisant en sorte que la rivalité concurrentielle ne soit pas altérée par des moyens qui ne relèvent pas de la compétition par les mérites, défendre les intérêts des consommateurs lorsque le marché ne suffit pas à le faire, créer les bons équilibres dans les secteurs régulés en favorisant la croissance, l'innovation et des chances égales pour tous les acteurs d'y participer. Il n'est pas impossible de soutenir, à cet égard, qu'une meilleure articulation institutionnelle pourrait favoriser une plus grande efficacité administrative par la cohérence des actions, la définition de priorités communes, une coordination plus étroite des enquêtes, une circulation plus fluide des informations et la possibilité de traiter conjointement la sanction des infractions reprochées aux entreprises et la réparation, sous des formes à définir, des préjudices subis par les consommateurs. Le développement du numérique et l'irruption de nouveaux modèles d'affaires qui suscitent des préoccupations aussi bien en matière de concurrence que de protection des consommateurs, mais aussi de protection des données personnelles (trois dimensions qui entrent dans le champ de compétence de la *Federal Trade Commission* américaine et ont favorisé de sa part, d'une certaine manière, une vision à 360° du « *data power* ») renforcent cet argument : si l'on prend l'exemple des pratiques de « *pay or consent* » lors du recueil du consentement pour l'acceptation des « *cookies* », qui restent encore un champ relativement inexploré pour les différents régulateurs, ou celles de l'« *App Tracking Transparency* » (ATT) mises en place par Apple pour la collecte des consentements propres aux applications, qui ont été traitées par les autorités de la concurrence française et allemande, l'on voit sans aucun doute l'intérêt d'approches mieux intégrées, qui ont été soutenues par certaines autorités lors d'une table ronde consacrée à ce sujet par l'OCDE (Politique de la concurrence et politique à l'égard des consommateurs sur les marchés numériques, 23 juin 2026).

Tout cela est vrai. Mais, de mon point de vue en tout cas, les risques d'une telle « *concentration horizontale* » qui prendrait la forme en France d'une fusion entre l'Autorité de la concurrence, la DGCCRF au moins dans sa partie « *consommation* », à l'égal de ce qui a été fait dans plusieurs pays européens, jusqu'à intégrer un ensemble à définir d'autorités de régulation, si l'on s'inspire des expériences espagnole et néerlandaise, l'emporteraient largement sur les bénéfices.

D'abord parce que le droit de la concurrence risquerait, dans cet ensemble à géométrie variable, d'être le grand perdant de l'opération. Plus difficile à mettre en œuvre parce qu'exigeant des seuils probatoires élevés et des qualifications juridiques souvent complexes, la tentation serait grande de préférer des outils plus faciles à mobiliser. L'invocation de l'intérêt des consommateurs ou d'un meilleur équilibre du secteur pourrait suffire à justifier une intervention de l'Autorité, avec une force d'attraction encore plus grande que celle qui, à partir non plus d'un constat d'infraction mais du partage de « *préoccupations de concurrence* » a incité les institutions de la concurrence à recourir à la négociation d'engagements avec les entreprises. Plus incertain dans ses résultats parce que reposant sur le pari que l'entreprise adaptera ses comportements pour tirer toutes les conséquences de la sanction, plus lent dans sa mise en œuvre parce que supposant des enquêtes longues et minutieuses, plus indirect parce que refusant d'entrer de manière prescriptive dans le mécanisme de formation des prix, le droit de la concurrence pourrait vite apparaître comme un « *luxe dont on pourrait se passer* » compte tenu de l'urgence et de la pression politique.

Ensuite parce que je suis persuadé qu'au fond, l'exercice de ces différentes disciplines ne relève pas du même métier. Il exige des instruments, un positionnement institutionnel, des méthodes et même une psychologie qui ne sont pas ceux que l'on attend d'une autorité dédiée à la concurrence. Une protection efficace des consommateurs suppose par exemple d'avoir un réseau déconcentré très bien maillé pour faire remonter du terrain le maximum d'observations locales et de capteurs les plus fins possibles de ce qui se passe dans les usages, des mécanismes de dialogue et de concertation avec les entreprises et les associations, un circuit court avec

l'exécutif parce qu'elle doit reposer sur la probabilité forte qu'en cas d'échec de la persuasion ou de la négociation un texte contraignant sera adopté. La régulation sectorielle suppose, tout en faisant vivre l'indépendance de l'institution à laquelle elle est confiée, de travailler en symbiose avec les acteurs du secteur, d'entretenir un dialogue constant avec eux, de tester les solutions afin de dessiner le chemin de crête entre des revendications opposées, de susciter la confiance du ministre pour peser sur les politiques publiques. Ce n'est pas ainsi que vit et doit vivre une autorité de la concurrence, dont la force tient en grande partie au pouvoir de sanction dont on sait qu'il peut être utilisé de manière crédible mais aussi à la distance, qui n'est pas l'absence de dialogue, avec le politique et surtout l'équidistance avec l'ensemble des acteurs économiques, gage d'impartialité mais aussi de tranquillité parce qu'elle immunise aussi bien contre le risque d'un face-à-face hostile que contre celui de la capture.

"[Le régulateur] est le paysagiste qui choisit les essences [...]. L'autorité de la concurrence [...] est le jardinier qui taille, arrose, élague au besoin [...]."

Enfin et surtout parce que concurrence et régulation n'entretiennent pas la même relation avec le marché. Le régulateur le construit, projette sa propre vision sur ce qu'il doit ou devrait être : pour prendre la métaphore du jardin, il est le paysagiste qui choisit les essences, plante, dessine les allées et assigne aux massifs leur place et leur couleur. L'autorité de la concurrence l'entretient : elle est le jardinier qui taille, arrose, élague au besoin, veille à ce que les grands arbres n'étouffent pas les plus petits et laissent pénétrer le soleil au profit de l'ensemble des plantations. Et personne ne contestera que le jardin sera d'autant plus réussi que les deux intervenants font bien leur travail. Chacun à sa place.

1 Bruno Lasserre, «Le Conseil de la Concurrence : clé de voûte de l'ordonnance du 1er décembre 1986». Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986, Colloques & débats, Litec