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



Irène Luc

Première avocate générale de la chambre commerciale de la Cour de cassation

Quarantième anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence

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

Autorité de la concurrence

C'est un privilège rare que d'avoir appliqué les articles 7 et 8 de la célèbre ordonnance du 1er décembre 1986 dans les murs du Conseil de la concurrence. C'est une façon élégante d'avouer que ma pratique du droit de la concurrence, amorcée comme rapporteure, ne date pas d'hier.

Le coup de foudre a été immédiat. Point de jargons poussiéreux rue de l'Echelle, mais une matière vivante, économique, basée sur l'observation des marchés et la vie des entreprises. Quant au bilan de l'institution, je crois qu'il est reconnu unanimement comme une « success story » à la française, à laquelle je suis assez fière d'avoir pu apporter ma pierre.

Ce succès s'explique par un talent d'adaptation constante aux changements institutionnels et aux transformations de l'économie.

Dès 2001, le Conseil a reçu du législateur le pouvoir de sanctionner les cartels à la hauteur de leur gravité, en augmentant les plafonds de sanctions encourues. C'en était fini des réprimandes modestes autorisées par l'ordonnance de 1986. Le législateur y a joint, pour faire bonne mesure, de nouveaux outils, basés sur la négociation. C'était très en avance sur le mouvement général de règlement alternatif des différends, qui a depuis traversé tous les secteurs. Le premier cartel, celui des portes, a vite été débusqué à la suite de la première demande de clémence. Des pratiques dont le caractère anticoncurrentiel était encore débattu, ont été résolues très vite, dans le temps économique, par le biais d'engagements, qui ont fait considérablement progresser le droit. Le Conseil a invité les entreprises à présenter des programmes de conformité, en échange de réduction de sanction, dans les procédures de non contestation des griefs. Là encore, l'institution était en avance et la culture de la « compliance » en marche.

"Le Conseil, puis l'Autorité de la concurrence se sont montrés à la hauteur des ambitions des rédacteurs de l'ordonnance de 1986."

En 2004, le Conseil est passé à l'échelle européenne en intégrant le club des autorités nationales de concurrence, chargé d'appliquer, avec la Commission européenne, le droit européen de la concurrence, le fameux « REC », pour « réseau européen de concurrence ». Les outils de détection sont devenus collectifs, les échanges se sont multipliés, dans le cadre d'une coopération entre autorités nationales de concurrence (« ANC ») dont le caractère extrêmement fructueux ne s'est jamais démenti, faisant pâlir d'envie les juridictions répressives, qui ne sont jamais parvenues à un tel niveau d'intégration dans la détection des infractions.

En 2008, le Conseil s'est offert une crise de croissance et a changé de nom pour devenir l'Autorité de la concurrence. Ce nouveau nom accompagnait un changement d'envergure. Ses effectifs ont doublé, et les profils se sont diversifiés : économistes, ingénieurs, avocats, sont venus rejoindre les magistrats judiciaires et administratifs ainsi que les inspecteurs de la DGCCRF. L'Autorité a reçu le droit de perquisitionner, de réaliser des enquêtes *ex nihilo*, de contrôler les concentrations et de donner son avis d'office sur le fonctionnement de l'économie, sans qu'on ne lui demande rien. Des brigades spécialisées ont vu le jour, économistes, juristes, rejoints plus tard par des ingénieurs et experts du monde numérique.

Fort de cette nouvelle panoplie, l'institution a continué ses combats. En voici quelques-uns parmi les plus mémorables.

Dans les années 1990, le Conseil s'est résolument engagé dans la lutte contre les ententes dans les marchés publics, étant, à l'époque, peu secondé par le parquet, même dans les affaires où la corruption ou le favoritisme étaient connexes. Là où le pénal déclarait forfait pour cause de prescription, le Conseil a réussi à attraper des entreprises qui s'étaient réparti des marchés à très grande échelle, dans des décisions emblématiques.

Le tournant du siècle ne lui a pas permis de s'endormir sur ses lauriers. La grande période d'ouverture des marchés des télécommunications, de l'électricité, du gaz et des transports ferroviaires à la concurrence, a apporté son lot de bouleversements. Cette ouverture ne s'est pas faite sans résistances et a donné lieu à des décisions importantes contre les anciens monopoles. Consultée par les autorités de régulation sectorielles, l'Autorité leur a rendu de nombreux avis sur les définitions de marché et a constitué un appui précieux.

La troisième vague de combats a été caractérisée par l'émergence du numérique. Elle est toujours en cours. Réagissant au développement des ventes en ligne, l'Autorité a eu un rôle pionnier dans l'analyse des pratiques. Dans sa foulée, l'Autorité, dès 2010, a été parmi les premières autorités à disséquer les pratiques d'opérateurs d'un genre inédit, les GAFAM.

Sa pratique décisionnelle ambitieuse s'est par la suite attachée à sanctionner leurs abus de position dominante.

Utilisant ses pouvoirs d'avis sectoriel dans les domaines de l'économie dysfonctionnels, l'Autorité a identifié les risques concurrentiels de nouveaux marchés, ouvrant la voie à des plaintes et des saisines nouvelles, elles-mêmes sources de détections de preuves renouvelées.

La richesse de ce bilan rend difficile, pour illustrer cet anniversaire, le choix d'une décision emblématique.

Parmi les décisions contentieuses, je retiendrai la décision 08-D-30 du 4 décembre 2008, intervenue à mi-parcours des quarante années que nous fêtons.

Cette décision me semble devoir être mise en avant car elle illustre d'une part, la difficulté de réunir les preuves matérielles des pratiques, résolue ici par le recours aux nouveaux instruments de coopération entre États-membres du règlement 1/2003, et, d'autre part, la nécessité de satisfaire la charge probatoire pesant sur l'autorité poursuivante, reposant ici en partie sur un raisonnement économique intéressant et assez audacieux.

Dans cette décision, le Conseil de la concurrence a mis en évidence une stratégie de partage des volumes dans la vente, à Air France, de carburéacteur, par quatre compagnies pétrolières sur l'escale de la Réunion.

Lors de l'appel d'offres organisé par cette société pour l'approvisionnement de ses avions en carburant sur l'escale de la Réunion, quatre majors du secteur se sont concertées pour se répartir le marché et fausser la concurrence.

Le mécanisme de mise en concurrence auquel recourait Air France était ingénieux. L'entreprise lançait ses appels d'offres dans le mois qui précédait le démarrage des contrats annuels. Ils comportaient plusieurs tours au cours desquels les compagnies pétrolières formulaient leurs offres en volumes et en prix. La compagnie aérienne choisissait le mieux offrant et lui attribuait la fourniture correspondant à la quantité que la société pétrolière était disposée à lui fournir au prix proposé. Sur certaines escales la totalité des volumes pouvait être allouée à un seul offreur. Dans les autres cas, les autres offres étaient retenues selon leur rang de classement jusqu'à épuisement des besoins estimés par la compagnie aérienne pour l'aéroport en question.

Lorsque la fourniture d'une compagnie sur un même aéroport était attribuée à plusieurs fournisseurs, on parlait de « contrats partagés », chacun vendant à son propre prix.

L'offre de chaque compagnie pétrolière ne pouvait généralement couvrir qu'une partie des besoins, mais comme la somme des quantités offertes par plusieurs compagnies était supérieure à la somme des quantités nécessaires, et que chaque compagnie était dans l'ignorance des pourcentages offerts par les concurrents, Air France pouvait faire jouer la concurrence entre les offreurs. À l'issue du premier tour, Air France précisait à chaque offreur son écart de prix avec l'offreur le mieux placé et son rang, c'est-à-dire sa position par rapport à l'offreur qui avait fait les meilleures propositions. Une deuxième, voire une troisième offre, intervenaient alors et chacun ajustait son offre pour remporter une part, sur la base de ces résultats intermédiaires. Cette procédure d'appel d'offres avait pour effet, comme l'avait souligné le Conseil, de conférer au marché un caractère instable et très concurrentiel.

Or, la pratique concertée mise en œuvre par les quatre groupes a eu pour objectif et pour résultat effectif de réduire cette concurrence : en limitant délibérément les volumes offerts, les compagnies pétrolières ont obligé Air France à acheter l'ensemble des volumes proposés à des prix artificiellement élevés.

L'appel d'offres litigieux lancé en septembre 2002 par Air France pour la fourniture estimée de ses besoins en kérosène en 2003 soit 90 000 m^3 s'était déroulé de la façon suivante. Lors du premier tour, l'offre cumulée des pétroliers correspondait exactement aux besoins d'Air France. Cet ajustement parfait était obtenu grâce à une baisse des quantités offertes par Z par rapport à sa réponse aux derniers appels d'offres de 2001, qui passait de 45 % (part détenue en 2001) à 30 %. Cette baisse des quantités permettait à Y, absent des marchés en 2001, de revenir à

hauteur de 15 %, alors que les deux autres pétroliers (X et T) ne soumissionnaient que pour leur part de 2001. Lors du deuxième tour, les parts de marché proposées par les compagnies pétrolières restaient identiques à celles du premier tour et les baisses de prix n'étaient pas significatives. Lors du troisième tour, Air France ayant exigé des fourchettes de volumes, les pétroliers se sont exécutés, mais au lieu d'augmenter les volumes, les ont baissés. Quant aux prix, ils ont baissé très légèrement pour X, Z et Y, mais leur niveau est resté bien supérieur à celui des années précédentes. Au final, Air France a été obligé d'accepter les volumes et prix proposés, correspondant à une hausse du différentiel de prix de près de 30 % (part fixe payée par la compagnie aérienne aux compagnies pétrolières s'ajoutant à la part variable, indexée sur le prix du pétrole brut déjà soumis à de fortes hausses pendant la période concernée). Cette part fixe rémunérait l'ensemble des coûts logistiques (transport, stockage, distribution) et intégrait la marge commerciale.

Le Conseil s'est fondé sur un faisceau d'indices précis et concordants démontrant l'existence d'échanges d'informations entre les compagnies avant les soumissions : des preuves documentaires et le parallélisme de comportement des offreurs.

Une série de documents saisis au siège des sociétés et, notamment, un tableau Excel annoté à la main, établissait la connaissance mutuelle, par les entreprises soumissionnaires, antérieurement au premier tour de l'appel d'offres, des volumes proposés par chacune. Les entreprises n'avaient pu fournir aucune explication plausible sur les mentions de ces documents : Air France n'avait communiqué aucune information aux offreurs ; la chronologie de réponse aux appels d'offres et de rédaction des documents prouvait qu'ils avaient été complétés avant l'appel d'offres ; enfin, aucune explication plausible ne pouvait être fournie pour expliquer la répartition parfaite obtenue au premier tour, d'autant qu'un opérateur nouveau était apparu, partant d'une part nulle.

Par ailleurs le parallélisme de comportement des offreurs sur l'appel d'offres ne pouvait s'expliquer que par des échanges d'informations préalables aux soumissions. En effet, les volumes étaient restés stables lors des trois tours et les prix proposés étaient considérablement plus élevés que ceux des appels d'offre précédents.

Seule l'existence d'échange d'informations pouvait garantir que chaque compagnie choisisse une stratégie identique sur les volumes offerts : restreindre les parts de marché et supprimer toute option afin de pouvoir augmenter les prix, sans subir le risque d'être exclu du marché.

De même, les hausses de prix par rapport aux prix de 2001, année idéalement concurrentielle, allant de +45 % pour deux fournisseurs, à +38% et +25%, permettaient de mesurer la confiance qu'avaient les offreurs dans la certitude de ne pas être écartés de la compétition et ne pouvaient s'expliquer par aucune hausse de coûts des compagnies. Les entreprises n'ont pu, là encore, expliquer ce parallélisme de comportement, n'alléguant que des éléments de stratégie individuelle qui, par définition, devaient être ignorés des autres et qui ne pouvaient donc avoir modifié le comportement des quatre offreurs.

L'entente a entraîné une augmentation du coût d'approvisionnement en carburant pour Air France sur l'escale de la Réunion. La restriction des volumes offerts a eu pour effet une augmentation de 30 % du prix du différentiel.

Outre le raisonnement intéressant auquel s'était livré le Conseil, faisant une part importante aux preuves dites « économiques », cette affaire constituait la première utilisation des outils de coopération apportés par le règlement 1/2003.

En effet, des preuves avaient été recueillies en Angleterre, au siège d'une des entreprises en cause, par les enquêteurs de l'autorité anglaise de concurrence, à la demande du rapporteur général du Conseil, en application de l'article 22 du règlement 1/2003. Celles-ci avaient ensuite été utilisées pour étayer les griefs, sur le fondement de l'article 12 du règlement 1/2003.

Les entreprises avaient contesté l'application du droit de l'Union, et donc du règlement 1/2003, prétendant que les pratiques en cause n'avaient pas affecté sensiblement les échanges intra-communautaires. Elles demandaient donc que les pièces recueillies en Angleterre soient retirées du dossier.

Je rappellerai à cet égard que la question de l'affectation sensible a été résolue à la suite d'un *amicus curiae* de la Commission européenne dans une autre affaire Orange Caraïbes, ayant donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation

du 31 janvier 2012 (V10-25.772). La question posée concernait la caractérisation de cette sensibilité, en présence de pratiques n'affectant qu'une partie du territoire national. La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 28 mars 2013, a appliqué le faisceau d'indices préconisé par la Cour de cassation, caractérisé par « *un ensemble de critères, parmi lesquels la nature des pratiques, la nature des produits concernés et la position de marché des entreprises en cause, le volume de ventes global concerné par rapport au volume national n'étant qu'un élément parmi d'autres* ». Les débats autour de cette notion d'affectation sensible se sont taris avec ces deux affaires, qui ont permis de fixer la jurisprudence.

L'affaire du carburéacteur a constitué la première mise en œuvre des nouveaux outils de coopération entre États-membres. Le rapporteur général de l'Autorité avait demandé l'assistance de l'autorité anglaise de concurrence, l'Office of Fair Trading, pour recueillir, au siège londonien d'une des entreprises impliquées, des indices de la pratique. Les opérations ont été fructueuses et les documents ont été versés au dossier du Conseil.

Dans un arrêt du 24 novembre 2009, la Cour d'appel de Paris a, pour la première fois, statué sur l'application de l'article 22 § 1 du règlement, qui dispose qu' « *une autorité de concurrence d'un État membre peut exécuter sur son territoire toute inspection ou autre mesure d'enquête en application de son droit national au nom et pour le compte de l'autorité de concurrence d'un autre État membre afin d'établir une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité. Le cas échéant, les informations recueillies sont communiquées et utilisées conformément à l'article 12* ». Elle a approuvé le Conseil d'avoir considéré que les dispositions de cet article organisaient, en ce qui concerne les inspections supposant l'emploi de moyens coercitifs, trois étapes qui relevaient d'un contrôle distinct : la demande d'assistance formulée par l'autorité requérante ; l'autorisation et le déroulement de l'inspection mise en œuvre par l'autorité destinataire de la demande d'assistance et enfin, l'utilisation des informations obtenues par l'autorité requérante pour le compte de laquelle l'inspection a été réalisée. Elle a ensuite jugé que la première et la troisième étapes étaient soumises au droit national applicable dans l'État demandeur de l'assistance, sous le contrôle des juridictions compétentes de cet état, tandis que la deuxième était régie par le droit national applicable dans l'État destinataire de la demande d'assistance, sous le contrôle des juridictions de cet autre État.

"Certes, de nouveaux défis se présentent, bien sûr. Mais le regard reste aiguisé et la main bien armée. Nul doute que les quarante prochaines années seront aussi fécondes."

Cette affaire a été définitivement soldée par un arrêt de la Cour de cassation, du 20 janvier 2015 (V 13-16.745). La lutte contre les ententes dans les marchés publics demeure un objectif plus que jamais d'actualité.

Ce bref panorama est, j'en conviens, nécessairement subjectif et lacunaire. Mais les faits sont là, indiscutables, gravés dans les rapports annuels qui égrènent les décisions de l'institution. Le Conseil, puis l'Autorité de la concurrence se sont montrés à la hauteur des ambitions des rédacteurs de l'ordonnance de 1986. Les bienfaits pour l'économie de ses interventions contentieuses sont explicités dans ses rapports annuels et ressentis, concrètement, dans le monde économique. Sa fonction consultative n'est pas en reste, même si on peut regretter que ses préconisations ne soient pas toujours suivies d'effets. Les classements internationaux l'installent régulièrement sur la plus haute place du podium des ANC.

Certes, de nouveaux défis se présentent, bien sûr. Mais le regard reste aiguisé et la main bien armée. Nul doute que les quarante prochaines années seront aussi fécondes.