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



Isabelle de Silva

Présidente de la sixième chambre de la Section du contentieux du Conseil d'État
Ancienne présidente de l'Autorité de la concurrence

Vers la régulation et au-delà … ?

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

Autorité de la concurrence

Les anniversaires sont des occasions de célébrer le chemin parcouru et l'action accomplie, tout en se tournant vers l'avenir. Le 40ème anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986 mérite, incontestablement, d'être fêté. C'est bien ce texte qui a donné l'impulsion fondamentale à la construction d'un système français complet et moderne d'application du droit de la concurrence et de libéralisation de l'économie.

J'aimerais, dans ces lignes, me concentrer plus spécifiquement sur la manière dont, au cours de ces années, l'office de l'autorité chargée d'appliquer le droit de la concurrence a évolué. Le texte de 1986 a posé les bases de ce qu'est aujourd'hui l'Autorité de la concurrence (l'« Autorité »), qui a succédé au Conseil de la concurrence avec la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 (la « LME »). À la différence d'autres pays qui ont choisi de garder leur autorité de concurrence dans le giron du ministère de l'économie (comme encore aujourd'hui, le Department of Justice des États-Unis d'Amérique par exemple, qui intervient aux côtés de la Federal Trade Commission) la France faisait, en 1986, le choix organique de l'indépendance. Le modèle de 1986 est resté intact : une autorité administrative collégiale comptant 17 membres aux profils diversifiés, dotée statutairement de garanties élevées en termes d'indépendance. Ce modèle d'autorité administrative indépendante (« AAI ») allait ensuite faire florès et devenir un standard en matière de régulation sectorielle (comme en matière de protection des droits et libertés si l'on songe au Défenseur des droits par exemple). Ce n'est qu'avec la directive ECN+ en 2019 que ce modèle d'autorité de concurrence indépendante a été consacré au niveau européen, en devenant désormais une obligation pour les États membres au sein de l'Union européenne, qui ne sauraient y déroger. Un autre élément constant depuis 1986 est le droit applicable. Si des adaptations des outils sont intervenues au fil du temps, l'Autorité continue, pour l'essentiel, d'appliquer un corps inchangé de règles essentielles : il s'agit, dans une économie où les prix sont librement fixés, de réprimer les ententes et abus de position dominante. Alors que la prolifération et l'instabilité des normes sont souvent dénoncées, cette constance peut être saluée. Enfin, dès l'origine le Conseil de la concurrence s'est vu reconnaître le pouvoir, essentiel, d'infliger des sanctions pécuniaires (avec un plafond alors limité à 5% du CA de l'entreprise, depuis porté à 10%). Avant même que le Conseil constitutionnel ne reconnaisse le pouvoir des AAI d'infliger de telles sanctions (dans ses décisions n° 88-248 DC sur le CSA et n° 89-260 DC sur la COB), la nouvelle autorité disposait de cet outil qui allait lui permettre de donner à son action répressive une efficacité réellement dissuasive.

Et pourtant, au-delà de ces éléments de continuité, l'autorité de concurrence a connu une profonde mutation au cours de ces quarante années, celle qui en a fait une « autorité de régulation ». Ceci ne figurait pas, en tant que tel, dans son mandat initial : la création du Conseil de la concurrence visait avant tout, en 1986, à permettre une application efficace du droit de la concurrence tout juste modernisé, en donnant à une autorité administrative des moyens renforcés.

L'objectif était déjà ambitieux. Mais, à partir des années 1990, la notion de régulation s'implante pleinement dans le système institutionnel français, avec la création ou la refonte d'autorités de régulation sectorielles nombreuses et puissantes (dans les domaines des télécommunications, de l'audiovisuel, de l'énergie ou des transports notamment). Pendant longtemps, les spécialistes ne rangeaient pas l'Autorité de la concurrence dans la catégorie des autorités de régulation, au motif notamment qu'elle n'aurait pas disposé d'une marge d'action et d'un pouvoir d'initiative suffisants pour être considérée comme un « vrai régulateur ».

Tel n'est plus le cas aujourd'hui. À l'évidence, l'Autorité est toujours gouvernée par le souci d'appliquer le droit, mais elle est regardée désormais comme une autorité de régulation pleine et entière. Elle a d'ailleurs été expressément qualifiée de telle en 2016 par le Conseil d'État dans la décision d'Assemblée « Société NC Numéricable » (21 mars 2016, n° 390023) qui consacre (avec la décision « Fairvesta » du même jour) le contrôle par le juge administratif de la légalité des actes de droit souple des autorités de régulation (évolution ensuite généralisée à l'ensemble des actes de droit souple par la décision de Section du Conseil d'État Gisti du 12 juin 2020). Cette évolution n'est pas simplement terminologique. En s'inscrivant dans la « régulation concurrentielle » l'Autorité va

développer une conception beaucoup plus active de son office, l'idée qu'elle peut et doit agir par « tous moyens » pour rétablir ou instaurer une situation de libre concurrence dans les différents secteurs de l'économie.

Quelles sont les étapes qui ont permis cette évolution ?

Incontestablement, la confiance témoignée par le législateur a contribué à faire de l'Autorité un régulateur doté de moyens d'action particulièrement efficaces.

Une étape décisive a été à cet égard le choix, au moment de la création de l'Autorité par la LME, de lui transférer le pouvoir de décider sur les opérations de concentration économiques contrôlables en France. Retirer ce pouvoir essentiel au ministre de l'Économie n'a pas été sans susciter des réserves à l'époque, et il est vrai que la concession était de taille. Les plus grandes opérations de concentration soulèvent en effet régulièrement des enjeux stratégiques ou de restructuration industrielle qui les placent, par nature, dans la sphère de responsabilités du ministre de l'Économie. Force est de constater que le pouvoir d'évocation laissé alors au ministre de l'Économie (aujourd'hui régi par l'article L. 430-7-1 du code de commerce) a fait l'objet d'un usage très économe tant le ministre a veillé à laisser à l'Autorité une autonomie suffisante dans l'exercice de cette responsabilité (le ministre n'en ayant usé qu'à une seule occasion en 2018, pour le rachat du groupe Agripole par Cofigeo). Depuis 2008, l'Autorité a fait la preuve non seulement de son efficacité opérationnelle, - qui lui a permis de traiter des opérations en nombre toujours croissant, dans des délais toujours plus courts -, mais aussi de la rigueur de sa prise de décision, sous le contrôle vigilant du Conseil d'État. L'exercice du contrôle des concentrations a été marqué par une approche dynamique et novatrice. C'est en effet souvent à l'occasion du contrôle des concentrations que l'Autorité est conduite à prendre en compte, très en amont, les évolutions systémiques de l'économie. Elle a ainsi su, lorsque ces évolutions le justifiaient, modifier son analyse des marchés pour apprécier au mieux l'impact des opérations de fusions ou de rachats sur la dynamique concurrentielle. La décision Fnac-Darty de 2016 est emblématique à cet égard. Pour la première fois, était acté le rôle croissant des ventes en ligne pour la vente de nombreux produits électroniques ou d'électroménager, en concurrence directe avec la vente en magasins physiques. Cette décision a été suivie de nombreuses autres dans le domaine de la distribution, ce qui a facilité les restructurations dans un contexte où la vente en magasin physique subit de lourdes difficultés. Autre exemple, celui de la décision Se Loger-Logic-Immo (1er février 2018) qui est l'une des premières portant sur le rachat de pures plateformes en ligne et a permis à l'Autorité d'analyser pour la première fois les problématiques concurrentielles en prenant en compte ces notions devenues cruciales d'effets de réseau ou de multi homing. En exerçant le contrôle des concentrations de façon aussi innovante l'Autorité française a fait école au niveau international au point de devenir une référence.

Mais le fait de doter l'Autorité du contrôle des concentrations a eu un autre effet majeur. Elle a donné à l'Autorité la capacité à développer une vision unifiée des marchés et des entreprises, aussi bien lorsqu'elle contrôle, ex post, les comportements des entreprises, à l'aune de la répression des manquements au droit de la concurrence que, de façon prospective, lorsqu'elle s'attache à analyser les effets des concentrations projetées sur la dynamique de concurrence des marchés. On peut mesurer, rétrospectivement, à quel point l'utilisation concomitante de ces deux prérogatives a contribué à renforcer la compréhension en profondeur des évolutions des marchés et des entreprises.

Il y a eu plus. Ce double pouvoir a en effet reçu un renfort supplémentaire par la rénovation du pouvoir d'avis de l'Autorité. Celui-ci était prévu dès la création du Conseil de la concurrence, mais s'exerçait soit sur les textes qui lui étaient soumis de façon obligatoire, soit sur saisine de différentes autorités ou entités, dont le ministre de l'Économie. En 2008, l'Autorité a accédé à un degré de maturité supplémentaire, en se voyant reconnaître par la loi LME une capacité d'autosaisine pour élaborer des avis ou enquêtes sectorielles.

L'Autorité s'est pleinement saisie de ce nouvel outil pour mener une politique d'avis particulièrement dynamique, lui permettant de radiographier la situation concurrentielle d'un secteur et de

proposer des évolutions de sa régulation (ainsi des avis « santé » de 2013 et 2019 qui évoquaient notamment le monopole des officines pour la distribution des médicaments). Cet outil a également été crucial lorsque l'Autorité s'est donné pour priorité de traiter les enjeux numériques, car elle a alors lancé de façon continue une série d'enquêtes sectorielles ambitieuses portant sur tous les aspects de l'économie numérique : publicité en ligne via les moteurs de recherche ou la publicité display, algorithmes, fintech et paiements en ligne, cloud, intelligence artificielle … Par ces avis novateurs, l'Autorité a préparé le terrain pour éclairer les acteurs du marché sur les pratiques à risque concurrentiel, mais a aussi été mise à même d'intervenir plus efficacement ensuite pour réprimer les abus commis dans ces nouveaux marchés encore en évolution très rapide. Indéniablement, cette politique ambitieuse en matière d'avis a permis à l'Autorité d'intervenir ensuite très rapidement sur des dossiers complexes comme celui des règles de fonctionnement de la plateforme de publicité en ligne de Google (décisions Amadeus et Gibmedia) mais aussi dans les dossiers des Droits voisins, de la publicité programmatique de Google ou encore dans le dossier Apple ATT portant sur un changement des règles d'Apple en matière de protection des données des utilisateurs.

"L'autonomie en matière d'avis et enquêtes sectorielles donne à l'Autorité une réelle capacité de pilotage et d'anticipation, qui signe son appartenance à la catégorie des autorités de régulation."

Ces exemples montrent qu'il existe une fertilisation croisée entre les différents modes d'action de l'Autorité, et que cette dernière peut désormais choisir d'intervenir en recourant à tel ou tel outil de sa palette. Sur des marchés encore en plein développement comme celui de l'intelligence artificielle (l' « IA »), elle procèdera d'abord à une étude pour mieux en décrypter les acteurs et les dynamiques, avec l'appui du service de l'économie numérique qu'elle a créé en son sein en 2020. Lorsqu'elle reçoit des saisines d'entreprises s'estimant victimes de pratiques anticoncurrentielles, comme ce fut le cas avec l'affaire Google Newscorp, elle a pu devenir, en 2021, la première autorité, au niveau mondial, à identifier des abus de position dominante commis par Google entachant le fonctionnement des plateformes de publicité programmatique (une décision qui a ensuite fait école au niveau européen puis aux États-Unis). Pour traiter ce dossier complet, elle a pleinement bénéficié de la connaissance qu'elle avait acquise par son étude sectorielle sur la publicité en ligne en 2018. Même si le rôle des saisines demeure essentiel en matière de répression des pratiques anticoncurrentielles, l'autonomie en matière d'avis et enquêtes sectorielles donne à l'Autorité une réelle capacité de pilotage et d'anticipation, qui signe son appartenance à la catégorie des autorités de régulation.

Cette évolution a reçu une confirmation supplémentaire lorsque la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques de 2015 a, en outre, confié à l'Autorité une mission spécifique en matière de régulation des professions réglementées (notaires, huissiers devenus commissaires de justice, greffiers des tribunaux de commerce, avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation.). De façon très novatrice, pour des professions dont le suivi relevait jusqu'alors de la seule compétence du ministère de la Justice, c'est un regard économique et concurrentiel indépendant que l'Autorité a pu mettre en place. La loi avait défini un modèle original, consistant à instituer une possibilité de « libre installation » au sein de ces professions réglementées, en faisant reposer sa mise en œuvre progressive sur des « cartes » élaborées par l'Autorité, sur la base d'une étude approfondie des besoins de la population et des perspectives économiques. Grâce aux efforts déployés, la démonstration a été faite qu'une réforme de ces professions réglementées était possible. De fait, l'objectif d'une plus grande ouverture de ces professions (y compris sur le plan de l'ouverture sociale et de la répartition entre hommes et femmes) et d'une meilleure satisfaction des besoins du public a été atteint, sans que les appréhensions initiales des instances et professionnels concernés ne se soient matérialisées. L'un des atouts de l'Autorité, pour mener à bien cette tâche qui n'était pas aisée, a été sans doute cette vision transversale

du fonctionnement de l'économie qu'elle avait acquise au cours des années.

Un dernier exemple de la nouvelle approche de régulation suivie par l'Autorité est son maniement des outils procéduraux dont elle dispose : elle a su notamment utiliser la procédure d'engagements comportementaux pour remédier aux risques concurrentiels soulevés par certaines opérations (on pourra ainsi songer aux engagements structurels sophistiqués retenus lors de la fusion Canal + TPS en 2006, que l'Autorité a appliqués d'une main ferme, au point de retirer en 2011 l'autorisation délivrée pour non-respect de ces engagements). La procédure d'engagements a également été très abondamment utilisée en matière de pratiques anticoncurrentielles, et permet de façon souple et rapide de répondre à des préoccupations de concurrence. On pourra songer ainsi aux engagements acceptés dans l'affaire Booking en 2015, ou encore à la décision acceptant en 2022 des engagements de Meta pour ses pratiques en matière de régies de publicité en ligne, et répondant aux préoccupations des acteurs du secteur. Elle a pleinement utilisé le nouvel outil de la transaction qui lui avait été confié par la loi de 2015, à une époque où cet outil novateur suscitait de fortes réticences. Ainsi en 2016, la sanction de 80 millions d'euros infligée à Altice pour l'infraction de « gun jumping » (mise en œuvre anticipée d'une concentration) donnait lieu à la première signature d'une transaction, qui allait être suivie de beaucoup d'autres. En donnant à l'entreprise sanctionnée une visibilité sur la « fourchette de sanctions », et en permettant aux parties de faire l'économie de recours à l'issue aléatoire, cette procédure a accru la capacité de pilotage de l'Autorité. En effet, c'est elle qui peut décider, ou non, de proposer une transaction aux entreprises mises en cause. Enfin l'un des exemples les plus marquants de l'approche très « graduée » de l'intervention de l'Autorité est son utilisation des mesures conservatoires. Par cet outil souple qui permet d'intervenir très rapidement, l'Autorité peut prendre des décisions très rapidement afin de prévenir que des pratiques n'affectent irrémédiablement des entreprises ou le marché. C'est en recourant à cet outil que l'Autorité a pu, dans une affaire qui a connu ensuite de nombreux épisodes, intervenir en quelques mois, en avril 2020, dans l'affaire Google Droits voisins qui soulevait de nombreuses questions nouvelles sur l'application de la directive droits voisins. La succession des décisions rendues, que ce soit la mesure conservatoire initiale assortie de nombreuses injonctions, la décision de sanction de 500 millions d'euros en 2021 pour non-respect de ces injonctions, les engagements souscrits par Google en 2022, et en 2024, la sanction de 250 millions d'euros pour non-respect de ces engagements (conclue par transaction) montre que l'exercice de la régulation n'est pas un long fleuve tranquille. Mais le résultat est là, puisque la France est l'un des seuls pays où des accords ont été conclus dans des délais brefs pour mettre en œuvre cette directive visant à un rééquilibrage de la chaîne de valeur des contenus en ligne en faveur des éditeurs et agences de presse. Et seule une approche dynamique de régulation pouvait permettre d'atteindre un respect effectif du droit de la concurrence dans ce contexte.

Si l'on se tourne vers l'avenir à présent, peut-on dire que le modèle de l'Autorité est pérenne ? Est-elle bien armée pour faire face aux nouveaux défis que continue de poser, notamment, l'économie numérique ?

Un premier constat touche à l'efficacité du contrôle des concentrations, qui doit demeurer agile pour surveiller les acquisitions prédatrices ou « sous les seuils ». Dans l'attente d'une redéfinition attendue de ses pouvoirs pour examiner ou renvoyer ces catégories de concentration, l'Autorité a su utiliser de façon novatrice les options qui lui étaient reconnues par la jurisprudence. Ainsi, alors que de façon inattendue, la Cour de justice de l'Union européenne (la « CJUE ») avait dans son arrêt Illumina Grail de 2024 jugé que l'article 22 du règlement de 2004 ne permettait pas à une autorité nationale de concurrence de renvoyer à la Commission européenne une opération ne relevant pas des seuils nationaux de concentration, l'Autorité n'a pas tardé à développer une pratique fondée sur la caractérisation d'abus de position dominante appliquée à une opération de concentration, se fondant cette fois sur l'arrêt Towercast de la même CJUE en 2023. Elle a ainsi notamment sanctionné Doctolib en 2025 pour avoir fait l'acquisition de son concurrent Mondocteur.

Un deuxième constat tient à ce que le modèle du droit de la concurrence reste pleinement pertinent,

et ce y compris dans un cadre profondément renouvelé par l'adoption en 2022 du Digital Markets Act (le « DMA ») et la multiplication des règlements européens en matière numérique (Digital Services Act ou Artificial Intelligence Act). Il est clair que le DMA a fait la preuve de son utilité, et qu'il a permis de renforcer le droit de la concurrence par l'adoption d'une approche *ex ante* et complémentaire. Pour autant, la nature très « générale » du droit de la concurrence continue de le rendre incontournable. Ainsi la logique du DMA consistait notamment à définir (à l'article 2) les services essentiels de plateforme auxquels s'appliqueraient les obligations et interdictions (do's and don'ts) du nouveau règlement. Mais peu après que le règlement entre en vigueur, la révolution des agents d'IA est arrivée, et les services offerts n'étaient pas nécessairement couverts par le champ du DMA, les entreprises prestataires n'étant pas toujours non plus des « contrôleurs d'accès ». Certes, l'application du DMA permettra de prévenir ou réprimer certaines pratiques en lien avec le développement de l'IA et qui affecteraient les autres services essentiels. Mais l'exemple de l'IA montre combien il est difficile d'enfermer l'évolution des dynamiques économiques dans une énumération législative, aussi pertinente soit-elle. Pour répondre rapidement à des pratiques nouvelles, une approche dynamique de la régulation concurrentielle reste plus que jamais nécessaire.

Un troisième constat, sous forme d'espoir, tient à la conviction que la culture de la concurrence qui anime les acteurs de la régulation concurrentielle est le meilleur des viatiques pour affronter l'avenir. La période actuelle est anxiogène tant la puissance de feu de l'intelligence artificielle semble menacer d'obsolescence des métiers et professions tout entiers. Les acteurs économiques doivent dans des échéances très brèves tirer parti de ces nouvelles capacités tout en maintenant la création de valeur. Dans ce contexte, la responsabilité propre des décideurs et autorités publiques est grande. Il s'agit notamment d'exercer la mission qui leur est confiée, au nom de l'intérêt général, et dans le cadre fixé par le législateur. Cette responsabilité éminente n'est pas substituable par une IA. La mue effectuée par l'Autorité de la concurrence depuis 1986 la place en bonne position pour veiller, notamment, à ce que la révolution de l'IA permette de bénéficier des bienfaits de cette innovation majeure sans que des entreprises ne puissent la mettre à profit pour biaiser le fonctionnement des marchés. Je souhaite une pleine réussite à l'Autorité et à tous ceux qui la font vivre au quotidien pour mener ce combat pour les années qui viennent.

"La mue effectuée par l'Autorité de la concurrence depuis 1986 la place en bonne position pour veiller, notamment, à ce que la révolution de l'IA permette de bénéficier des bienfaits de cette innovation majeure."