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



Jérôme Gallot

Directeur général de la DGCCRF de 1997 à 2003
Médiateur des jeux auprès de l'Autorité nationale des jeux

Les Deux Autorités

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

Autorité de la concurrence

L'intérêt d'évoquer le fonctionnement concret du système français de concurrence après à peine une petite dizaine d'années d'existence, pendant les six ans où j'exerçais les fonctions de Directeur général de la DGCCRF, n'existe que si l'on ne pratique ni langue de bois, ni plaidoyer *pro domo*, ni insuffisant retour d'expérience.

Je vais donc m'y efforcer en partant du constat de la situation telle qu'elle existait à mon arrivée au début de l'année 1997, à peine dix ans après l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 1986, libérant les prix et faisant entrer la politique de la concurrence dans une nouvelle ère :

- le système français de la concurrence n'était ni parfaitement accepté, ni très suivi (dans tous les sens du terme) par le monde économique, mais il faisait de rapides progrès ;

- cohérent sur le papier, il souffrait d'un seul défaut majeur, ou qui m'apparut tel au bout de quelques jours de présence : la relation difficile, et puisqu'il faut dire la vérité, très conflictuelle, entre la Direction générale en charge de la politique de la concurrence et le Conseil de la concurrence, les deux piliers du dispositif.

"En France, l'idée d'ancrer la concurrence dans le réel était un combat qu'il fallait mener en permanence [...]."

Cette double appréciation, jamais évoquée si ce n'était sous le manteau, ne pouvait qu'être partagée par tout esprit lucide et équilibré, ce que tout le monde n'était pas. Pourtant, les conséquences à en tirer nécessitaient des choix et une ligne directrice d'action à la fois fermes et déterminés, portant sur les deux sujets. Le premier s'inscrivait dans une action de moyen terme, à laquelle participait fortement la DGCCRF, mais qui nécessitait aussi pédagogie, persuasion et action du monde économique. Le second dépendait, en droit et en fait, de deux personnes : les responsables des deux organismes, une direction générale du ministère de l'Économie et des Finances, et le Président d'une Autorité Indépendante.

Qu'il me soit d'abord permis de remercier sincèrement Charles Barbeau, jusqu'à la mi 1998, puis de rendre hommage à la regrettée Marie-Dominique Hagelsteen, pour un travail en commun respectueux des différences, soucieux des complémentarités au service d'un objectif partagé, que j'avais à de multiples occasions appelé : « l'effectivité du droit de la concurrence ». Ces mots sont-ils trop simples ? Ou trop complexes au contraire ? Il s'agissait d'ancrer dans la réalité, c'est-à-dire dans le comportement et les actes des acteurs, le droit de la concurrence dans son ensemble, la prohibition des pratiques anticoncurrentielles et des abus de position dominante, apanage par son pouvoir de décision et de sanction depuis fin 1986 du Conseil, mais dépendant pour l'amont, les saisines et le champ des enquêtes, et tous les enquêteurs, de la DGCCRF. Mais aussi des pratiques commerciales restrictives de concurrence, certes largement de la responsabilité de celle-ci mais la loi Galland de 1996 avait élargi la compétence contentieuse du Conseil aux « prix abusivement bas ». Sur ces deux importants sujets, nous avons fait des progrès significatifs dans l'idée de mieux appliquer et de faire respecter les dispositions de l'ordonnance de 1986. Et en France, l'idée d'ancrer la concurrence dans le réel était un combat qu'il fallait mener en permanence. Raymond Barre l'avait déjà admirablement dit en installant, en 1977, la Commission de la concurrence.

Quant au contrôle des concentrations, élément central de ce triptyque de compétences de la régulation concurrentielle, il avait été sacralisé au niveau communautaire par le règlement de 1989 et, devenu ultrasensible, il faisait l'objet de toutes les attentions en France.

C'était le point important de la controverse avec le Conseil de la concurrence. Pour le traiter au mieux, je décidais donc de pacifier l'ensemble des nombreux autres sujets : les appréciations divergentes sur les dossiers, les incessantes querelles de doctrines (il y avait matière, d'autant que la Commission européenne, au cœur de ces années reines de la concurrence, testait souvent des idées nouvelles et parfois folles, comme la « position dominante collective », qui aurait pu devenir le « drone de la lutte contre les entreprises »), jusqu'aux thèmes d'enquêtes et à la façon d'appréhender les sujets très nombreux d'ouverture à la concurrence-télécoms, énergie, transports-, ainsi que ceux des

innovations technologiques liés à l'électronique et à l'internet, en tant que tels et par leur impact sur des activités traditionnelles comme le commerce. Autre exemple, ô combien symbolique, le Conseil de la concurrence en 1998 n'était pas doté d'un budget mais dépendait pour tout son quotidien de la DGCCRF. Cet outil d'influence, voire de puissance, qui m'était rappelé par certains avec gourmandise, était vécu rue de l'Échelle, à juste titre, comme une humiliation. Que l'on me comprenne bien : il ne s'agissait pas d'« acheter le Conseil » pour qu'il cesse son travail d'influence sur le pouvoir de décision en matière de contrôle des concentrations. Si ce combat avait été mené, il aurait un jour été perdu, comme la suite, en 2008, l'a montré. Non, il s'agissait d'œuvrer conjointement pour l'efficacité et la bonne application du droit de la concurrence et de l'ordonnance de 1986, sans se laisser détourner par ces sujets polluants et au surplus coûteux en « énergie négative ». Le Conseil fut ainsi doté d'un budget.

L'ordonnance avait laissé le pouvoir de décision en matière de concentrations au Ministre, et donc à son Directeur général, le Conseil n'exerçant qu'une compétence d'avis facultatif. Or, la doctrine, c'est-à-dire les professeurs de droit, les analystes et les essayistes, ainsi que les avocats, toujours plus nombreux dans cette spécialité en croissance de la concurrence, devenue très sensible comme maillon essentiel des « *mergers and acquisitions* », partenaires influents des grands banquiers d'affaire de la Place, estimaient (très) majoritairement que cette importante responsabilité devait, sur le « modèle anglo-saxon » et sous l'influence fondatrice de l'Allemagne d'après-guerre avec le *Bundeskartellamt*, revenir à une autorité administrative indépendante, et donc au Conseil.

Au niveau international, les pratiques des États étaient certes diverses, mais la tendance était de confier le contrôle des concentrations à un organe non gouvernemental, et l'OCDE relayait avec constance et efficacité ce désir, parfois confondu avec le professionnalisme requis par le type d'analyse du contrôle des concentrations, que l'on ne pouvait laisser sous le contrôle politique. Bruxelles se montrait prudent, car la Commission n'était pas une Autorité indépendante mais cumulait le pouvoir de sanction de l'anti-trust et la décision du contrôle des concentrations ; on sentait bien dans les couloirs une interrogation sur « l'originalité du modèle français, qui toutefois avait l'air de bien fonctionner ».

Je faisais quant à moi attention sur tous les sujets à fonder mes analyses sur des raisonnements juridiques approfondis, surtout pour critiquer si nécessaire les analyses de la Commission comme dans l'affaire *Schneider/Legrand*.

La lutte acharnée sur le problème de l'indépendance des banques centrales, et en particulier de la Banque de France, avait laissé des traces sur le thème : « *Il est des sujets trop sérieux pour être laissés au choix de l'administration soumise au pouvoir politique* », avec une variante que l'on trouve plus récemment avec la montée des extrémismes : de vouloir techniciser ou judiciariser à l'extrême des responsabilités pour les mettre hors du champ du politique.

Je me suis toujours méfié de ces raisonnements très généraux qui, poussés très loin, débouchent sur l'impuissance publique avec une administration de l'État de plus en plus nombreuse mais privée du pouvoir de décision, et doublée par un nombre croissant de structures dites indépendantes. Bien sûr, l'ouverture à la concurrence légitime les autorités de régulation sectorielle, mais le gouvernement représentatif et l'efficacité de l'action publique nécessitent de trouver un équilibre subtil.

Ma responsabilité de faire vivre l'ordonnance de 1986 passait donc par la démonstration au quotidien de la pertinence du choix fait alors ; mais plutôt que de délégitimer le Conseil, j'ai préféré renforcer notre professionnalisme et notre valeur ajoutée : échanges d'expertises avec tous les milieux concernés, apports doctrinaux avec les milieux académiques. Chaque année, l'ancien élève de l'ENA affecté à la DGCCRF venait renforcer le bureau en charge des concentrations, et c'était certainement l'une des plus belles responsabilités confiée à la sortie de l'École. Des administrateurs de l'INSEE et économistes sont venus accroître l'expertise. Chaque dossier faisait l'objet de plusieurs réunions de travail avec le Directeur général, qui pouvait donc passer des heures sur des dossiers complexes et/ou à enjeu économique, financier et politique forts. J'assurais l'information du Ministre sur mes propositions de décision, précédées le cas échéant d'engagements de la part des entreprises.

Je crois pouvoir dire que le succès était là : un travail respecté, des décisions toujours validées par le

juge administratif lorsqu'elles étaient contestées par des entreprises, des propositions au Ministre jamais mises en cause en six ans, une crédibilité acquise à l'Union européenne, qui nous a renvoyé à plusieurs reprises des dossiers quand nous le demandions, comme dans les concentrations dans la grande distribution, et aussi parfois quand on nous suggérait de le faire ! En interne, le sujet ne concernait que quelques collaborateurs sur les 4 200 agents de la maison sur tout le territoire, mais, d'une part, les nombreux dossiers sur le commerce nécessitaient de travailler sur les marchés pertinents locaux et étaient donc l'occasion d'associer parfois les directions départementales de la CCRF. Surtout, le rayonnement du sujet du contrôle des concentrations, son extrême sensibilité et ses répercussions médiatiques dans nombre de cas (l'approbation par le Ministre de bloquer l'acquisition d'Orangina par Coca-Cola a fait la Une du journal Le Monde pour la première et la seule fois en France pour une opération de concentration) suscitaient la fierté dans une Maison qui avait souffert d'être, aux Finances, la plus petite des directions à réseau sur le territoire, et dont les missions de politique économique, aux multiples conséquences économiques concrètes pour les consommateurs et les entreprises, étaient parfois à Bercy sous-cotées ou ignorées.

Pour moi, c'était un sujet d'une importance vitale, et je faisais tout pour que nous soyons à un très haut niveau d'expertise, reconnu au niveau national et international. À Bruxelles, je l'ai dit, et aussi auprès des autorités nationales (le réseau européen, en gestation depuis 2001, est entré dans le droit positif fin 2002, et la DGCCRF en était un membre essentiel et crédible), y compris aux Etats-Unisn où je participais à plusieurs reprises aux rencontres annuelles de la concurrence à Washington, en rencontrant mes homologues internationaux. Je pouvais passer certaines semaines 10 ou 15 heures sur les sujets des concentrations, ceci au moment où de nombreuses crises de sécurité sanitaire, les enjeux de pouvoir d'achat, déjà au cœur des relations entre les producteurs, dont les PME et les agriculteurs, et les distributeurs, l'ouverture d'un nombre croissant de secteurs à la concurrence, les multiples enjeux d'une meilleure protection des consommateurs et la mise en application pratique de cette politique, chaque jour, par les agents sur le terrain par des programmes d'action, et, bien sûr, la mise en œuvre de l'anti-trust au quotidien pour nourrir le Conseil des dossiers sur lequels il avait le pouvoir de décision, auraient déjà suffi, pour chacun d'entre eux, à saturer un agenda. Je veux aussi saluer les collaborateurs recrutés pendant ces années au contrôle des concentrations, dont tous firent des carrières brillantes : avocats d'affaire reconnus, experts de haut niveau à la DG Concurrence de Bruxelles, rapporteur général de l'Autorité de la concurrence, et même pour deux jeunes femmes excellentes, les hautes fonctions dans l'administration française de Secrétaire générale aux Affaires européennes (l'ex SGCI) et de Directrice générale adjointe du Trésor.

L'heure de vérité sur cette crédibilité acquise survint fin 2000 dans la préparation d'une grande loi sur les nouvelles régulations économiques, dont un bon tiers, une cinquantaine d'articles, devait concerner la politique de la concurrence. Il s'agissait de tenir compte, sur différents sujets procéduraux, de jurisprudences communautaires. J'avais proposé de renforcer les sanctions pour pratiques anticoncurrentielles pour rejoindre les standards internationaux (le patronat s'en était étonné auprès de moi), d'introduire dans le droit français la possibilité de transaction avec les entreprises, ainsi qu'une procédure de clémence donnée au Conseil de la concurrence. Nous avions, sur ces sujets, travaillé main dans la main avec la présidente du Conseil, Madame Hagelsteen, qui m'avait, dans la plus totale transparence, fait part de ses propositions au Ministre et à l'Hôtel de Matignon pour prendre la responsabilité des concentrations, accompagnées d'un lobbying puissant.

Je laisse à d'autres la responsabilité de dire si nous avons vaincu sans péril ou si la gloire du triomphe rejaillit sur l'ensemble de la Direction générale. L'important était le succès obtenu par la crédibilité, l'excellence et le rayonnement d'une politique qui s'inscrivait dans la durée. Autre exemple, j'avais le temps, en 2003, avant de quitter volontairement ces fonctions extraordinairement exigeantes, de préparer l'intégration du secteur bancaire dans le contrôle des concentration après six ans de propositions diverses.

Bien sûr, et j'en terminerai par là : l'histoire fut différente au début de l'année 2008, et le droit français des concentrations fut totalement bouleversé par la

loi du 4 août. N'étant plus aux affaires, je me garderai bien d'analyser ce que furent les déterminants des décisions prises. Je les connais cependant, car ils étaient déjà là en 2000 et en 2001, à Paris, à Bruxelles et ailleurs, et la Commission Attali sut en faire l'inventaire. Ce que je peux dire fermement est la chose suivante :
a-t-on progressé en qualité, en indépendance, en rigueur de raisonnement ? La réponse est non, mais le " je maintiendrai " de la Maison d'Orange est un excellent résultat. Faut-il regretter cette nuit du 4 août de la DGCCRF ? Ce n'était pas un privilège, mais une exigence qui obligeait la DGCCRF, son Directeur général et ses personnels. Elle perdit aussi des enquêteurs, puis, plus tard, ses services déconcentrés, mais sut se réinventer, notamment en retrouvant, dans d'autres domaines, le pouvoir perdu en 1986 de mettre des amendes et des sanctions administratives. De toute façon, le service de l'État n'est ni une addition, ni une soustraction de compétences ou de pouvoirs. Il offre tout au plus le droit de regretter cette période des "Deux Autorités" et le devoir de souhaiter le succès de la politique de la concurrence d'aujourd'hui, plus que jamais nécessaire à l'économie française et européenne.

"Le service de l'Etat n'est ni une addition, ni une soustraction de compétences ou de pouvoirs."