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



Léna Sersiron

Avocate et Présidente de l'Association des avocats praticiens du droit de la concurrence

Pour des garanties procédurales à la mesure du pouvoir répressif de l'Autorité de la concurrence

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

Autorité de la concurrence

L'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986[1] a marqué une étape majeure dans la juridictionnalisation du droit français de la concurrence en instaurant le Conseil de la concurrence et en lui conférant un statut d'autorité indépendante spécialisée, distincte du ministre, chargé de veiller au libre jeu de la concurrence.

La réforme de 2008 a marqué une nouvelle étape importante en transformant le Conseil de la concurrence en Autorité de la concurrence (« l'Autorité ») et en dotant cette dernière de pouvoirs d'enquête propres.

Au cours des quarante années écoulées depuis l'ordonnance de 1986, l'Autorité a changé d'échelle pour devenir une autorité de concurrence incontournable dans le monde et les sanctions prononcées ont décuplé. L'Autorité assume pleinement une politique de sanctions dissuasive[2]. Entre 2015 et 2024, le montant annuel moyen des sanctions prononcées s'est élevé à 754,5 millions d'euros[3], tandis que leur montant cumulé a dépassé 8,8 milliards d'euros entre 2014 et 2025[4]. Ces chiffres, dont l'Autorité s'enorgueillit, témoignent de la place centrale accordée aux amendes comme instrument de sanction et de dissuasion.

"Le pouvoir de sanction de l'Autorité appelle toutefois des garanties procédurales à la mesure des prérogatives exercées. "

Le pouvoir de sanction de l'Autorité appelle toutefois des garanties procédurales à la mesure des prérogatives exercées. Dès 2008, dans son article fondateur[5], l'Association des Avocats Pratiquant le Droit de la Concurrence – APDC – préconisait une séparation organique entre les fonctions de politique générale, d'enquête, d'instruction et de poursuite, d'une part, et celles de sanction, d'autre part.

Le Conseil constitutionnel a également rappelé, dans sa décision QPC *Canal Plus* du 12 octobre 2012[6], les exigences d'indépendance et d'impartialité indissociables de l'exercice d'un pouvoir de sanction par une autorité administrative indépendante. Le droit de l'Union consacre la même exigence à l'article 3 de la directive ECN+[7], éclairé par son considérant 14, subordonne l'exercice des pouvoirs qu'elle prévoit au respect de garanties appropriées, notamment les droits de la défense et le droit à un recours effectif.

La reconnaissance de ces garanties ne suffit cependant pas à en assurer la pleine effectivité. Ainsi, si l'institution du conseiller auditeur répond au souci de renforcer le respect des droits des parties au cours de la phase contradictoire, ce dispositif peine encore à prendre son plein essor.

Quarante ans après l'ordonnance de 1986, un décalage persiste entre le renforcement des prérogatives répressives de l'Autorité d'une part et l'effectivité des garanties offertes aux justiciables d'autre part. Il se manifeste en particulier dans l'absence de recours effectif lors des enquêtes simples, dans la perte d'un tour de contradictoire écrit dans la procédure habituellement suivie devant l'Autorité depuis 2021, et dans la trop faible protection des correspondances entre avocats et clients lors des enquêtes de concurrence.

L'absence de recours effectif lors des enquêtes simples menées par l'Autorité

Les enquêtes dites « simples » conduites sur le fondement de l'article L. 450-3 du Code de commerce doivent être distinguées des opérations de visite et saisie, enquêtes dites « lourdes » prévues à l'article L. 450-4 du même code. Les premières permettent notamment d'exiger la communication de documents professionnels et d'en obtenir copie, sans autorisation judiciaire préalable. Les secondes nécessitent une telle autorisation et bénéficient de voies de recours spécifiques.

Cette distinction entre enquêtes simples et lourdes repose sur l'absence, en enquête simple, de pouvoir de perquisition et d'exécution forcée. Le Conseil constitutionnel en déduit, dans sa décision *Brenntag* du 8 juillet 2016[8], le caractère « volontaire » de la remise des documents en enquête simple. Il précise toutefois que le refus de communication peut entraîner une astreinte ou une sanction

administrative ou pénale. Or, l'absence d'exécution forcée ne signifie pas l'absence de contrainte juridique : la remise des documents intervient dans le cadre d'une obligation de coopération, et non d'une faculté laissée à la libre appréciation de leur détenteur.

L'affaire *Bisphénol A*[9] illustre cette difficulté. L'Autorité y examine une demande massive de communication de courriels et leurs pièces jointes adressée à un syndicat professionnel sur plusieurs années. Les parties soutenaient que ces demandes s'apparentaient à une véritable fouille documentaire et à un détournement des principes de l'enquête simple, les privant des garanties de l'article L. 450-4. L'Autorité a écarté cette critique au motif que les demandes étaient suffisamment délimitées. La position de la Cour d'appel est attendue sur ce point.

Lorsque le droit de communication permet une collecte particulièrement ample et immédiatement exploitable, la frontière entre enquête simple et enquête lourde devient floue. Des investigations aux effets comparables se trouvent alors soumises à des garanties différentes, avec le risque de recourir à une procédure moins protectrice pour conduire des investigations appelant pourtant un contrôle juridictionnel approfondi.

Le Conseil constitutionnel a néanmoins considéré, dans la décision *Brenntag* précitée, que les demandes de communication ne constituaient pas, en elles-mêmes, des actes susceptibles de faire grief. Leur légalité peut être contestée par voie d'exception à l'occasion d'une procédure conduisant à une astreinte ou à une sanction.

L'affaire *ILEC*[10] illustre les limites de cette approche. Des éléments obtenus lors d'une enquête simple avaient été utilisés à l'appui d'une requête en autorisation de visite et saisie. L'Autorité s'est elle-même référée dans son communiqué de presse du 18 octobre 2023 à l'issue des enquêtes simples menées chez plusieurs fournisseurs à des « auditions inopinées » confirmant ainsi le flou entre l'enquête simple dont on souligne rarement l'aspect inopiné et les opérations de visite et saisie qui reposent sur l'effet de surprise et dont le caractère inopiné est systématique. Sur le fondement de l'article 3 de la directive ECN+ et de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (« la Charte »), l'ILEC soutenait qu'un recours effectif devait permettre un « redressement approprié » avant l'exploitation des informations recueillies. La Cour d'appel de Paris a néanmoins refusé, le 26 novembre 2025, de déduire de l'article 3 de la directive ECN+ l'existence d'un recours autonome contre chaque acte d'enquête simple, en retenant notamment les possibilités de contestation devant le juge du fond. Elle a donc maintenu la logique d'un contrôle différé. La chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé cette position le 13 janvier 2026[11] dans une autre affaire.

Or, la possibilité de contester ultérieurement la régularité d'une demande de communication ne suffit pas à remédier aux conséquences de l'exploitation des documents obtenus. Ceux-ci peuvent avoir servi à orienter l'enquête, voire à fonder de nouvelles mesures d'investigation, avant que leur collecte ait fait l'objet d'un contrôle juridictionnel.

La Cour de justice a justement précisé l'exigence d'effectivité du recours dans l'important arrêt *Imagens Médicas Integradas*[12] du 16 juillet 2026. La grande chambre n'exige pas d'autorisation judiciaire préalable pour la saisie de courriels professionnels par une autorité nationale de concurrence. La Cour admet qu'un contrôle ex post puisse suffire, à condition qu'il soit complet, effectif et susceptible d'assurer un redressement approprié. Elle module le niveau des garanties en fonction de l'intensité concrète de l'ingérence, jusqu'à exiger un contrôle préalable lorsque l'accès porte sur des supports personnels susceptibles de révéler une part importante de la vie privée.

La distinction française entre enquête simple et enquête lourde ne peut donc pas conduire à soustraire une mesure matériellement très intrusive au contrôle imposé par les articles 7, 8 et 52 de la Charte. Lorsqu'une demande des services d'instruction de l'Autorité basée sur l'article L. 450-3 du Code de commerce entraîne la transmission massive de correspondances et données électroniques, sa légalité doit être appréciée au regard de l'intensité concrète de l'ingérence et des garanties entourant celle-ci, conformément à la décision *Imagens Médicas Integradas*.

L'abandon du double tour contradictoire écrit à partir de la loi DDADUE

Le décalage entre le renforcement des prérogatives répressives de l'Autorité et l'effectivité des garanties offertes aux justiciables se manifeste également au stade de la notification des griefs.

Avant la loi DDADUE du 3 décembre 2020, la procédure de droit commun comportait deux tours de contradictoire écrit : les parties répondaient à la notification des griefs, puis au rapport établi par les services d'instruction de l'Autorité. Une procédure sans rapport permettait déjà de limiter ce contradictoire écrit à un seul tour, mais cet allègement rarement mis en œuvre par le Rapporteur Général avait une contrepartie : la sanction était plafonnée à 750 000 euros par auteur de pratique[13].

La réforme de la loi DDADUE a étendu le recours à la procédure simplifiée, caractérisée par un seul tour de contradictoire écrit et l'absence de rapport, tout en supprimant ce plafond spécifique. La difficulté apparaît lorsque ce nouveau régime est appliqué à des pratiques antérieures à son entrée en vigueur.

Cette question s'est notamment posée dans l'affaire Bisphénol A[14]. Les parties contestaient l'application de la suppression du plafond à des faits antérieurs à la réforme, au nom du principe de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère. L'Autorité a opposé le caractère procédural de la réforme, arguant du maintien du plafond de droit commun et de l'absence de droit acquis au bénéfice de la procédure simplifiée, dont le choix relevait du rapporteur général.

Cette qualification procédurale mérite d'être examinée à la lumière de l'arrêt Scoppola c. Italie (n°2)[15]. La Cour européenne des droits de l'homme y distingue les règles de procédure des dispositions définissant les infractions et les peines, auxquelles s'appliquent les garanties de l'article 7 de la Convention. Elle précise que la qualification retenue en droit interne n'est pas déterminante : une disposition fixant la peine applicable à l'issue d'une procédure abrégée relève du droit pénal matériel, malgré son insertion dans le code de procédure pénale[16].

L'enjeu est donc de déterminer si la suppression du plafond peut être regardée comme purement procédurale, alors qu'elle augmente la sanction maximale susceptible d'être prononcée dans ce cadre. Son application à des faits antérieurs soulève dès lors la question du respect du principe de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère. Par un arrêt du 10 septembre 2026[17], la Cour d'appel de Paris a saisi la Cour de cassation pour avis sur cette difficulté, ainsi que sur l'incidence éventuelle de la date du choix de la procédure ou de la notification des griefs.

Au-delà du droit transitoire, c'est l'équilibre même de la procédure qui est en cause dès lors que le rapporteur général de l'Autorité choisit en règle générale la procédure simplifiée à un seul tour de contradictoire écrit.

La faible protection des correspondances entre avocats et clients lors des enquêtes de concurrence

Les droits de la défense sont particulièrement malmenés s'agissant des correspondances entre avocats et clients lors des enquêtes de concurrence. L'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971[18] pose pourtant un principe clair de confidentialité des correspondances échangées entre l'avocat et son client dans le domaine du conseil comme de la défense. La chambre commerciale en retient une conception substantielle : elle a encore jugé, le 8 octobre 2025, que dès lors que l'avocat intervient au titre de son activité de conseil ou de défense, les correspondances échangées avec son client et leurs annexes sont couvertes par le secret professionnel[19].

À l'inverse, la chambre criminelle adopte, dans le contexte des enquêtes de concurrence, une conception plus restrictive. Elle subordonne la protection contre la saisie au rattachement de

l'échange à l'exercice des droits de la défense et a encore maintenu cette approche le 13 janvier 2026[20], tout en jugeant qu'elle ne contredisait pas la jurisprudence de la chambre commerciale compte tenu des contextes différents. La contradiction est pourtant manifeste : d'un côté, une protection attachée à la nature de la relation avocat-client ; de l'autre, une protection dépendant de la finalité défensive du document.

Cette segmentation entre conseil et défense est toutefois difficile à manier en pratique. Une consultation sollicitée pour apprécier préventivement la conformité d'un comportement peut devenir déterminante pour la défense de l'entreprise. Surtout, dans le contexte de collectes numériques massives, la restitution a posteriori d'un document confidentiel ne rétablit pas le secret lorsque son contenu a déjà été porté à la connaissance des rapporteurs. Un recours ou une restitution tardive ne suffisent pas à remédier à une atteinte irréversible.

"Une protection robuste de la confidentialité peut au contraire favoriser la conformité : elle permet à l'entreprise d'identifier ses risques, de solliciter un avis éclairé et complet et de corriger ses pratiques."

La Cour de Justice dans son arrêt du 26 septembre 2024[21] rattache à l'article 7 de la Charte la protection de la consultation juridique elle-même, indépendamment de l'existence d'un contentieux : la Cour protège tant le contenu de la consultation que son existence, afin de garantir à tout justiciable la possibilité de consulter librement un avocat. Cette protection s'étend aux consultations juridiques quel que soit le domaine du droit concerné. La confidentialité ne se réduit donc pas aux droits de la défense, même si elle constitue une condition essentielle de leur effectivité : l'exercice effectif des droits de la défense suppose, en amont, la possibilité de consulter librement un avocat sans craindre que cette consultation soit ultérieurement saisie et exploitée.

La loi du 23 février 2026, dite loi Terlier[22], rend le paradoxe encore plus manifeste. Elle a prévu, avec une entrée en vigueur différée de son dispositif principal, la confidentialité de certaines consultations des juristes d'entreprise selon des modalités spécifiques. Le législateur reconnaît ainsi que la confidentialité du conseil juridique répond à un intérêt propre, distinct de la seule préparation d'une défense contentieuse. Dès lors, le maintien d'une jurisprudence subordonnant la protection du conseil de l'avocat externe à son rattachement aux droits de la défense paraît difficilement justifiable : une consultation émanant d'un juriste d'entreprise pourra bénéficier d'une protection spécifique, alors qu'un conseil comparable émanant d'un avocat externe demeure saisissable faute de rattachement aux droits de la défense contrairement au principe limpide posé par la loi de 1971.

Cette restriction est d'autant plus discutable qu'elle n'est pas commandée par l'efficacité du droit de la concurrence. Une protection robuste de la confidentialité peut au contraire favoriser la conformité : elle permet à l'entreprise d'identifier ses risques, de solliciter un avis éclairé et complet et de corriger ses pratiques. La confidentialité apparaît ainsi non seulement comme une limite aux pouvoirs d'investigation, mais aussi comme l'une des conditions d'application effective du droit de la concurrence et du respect des droits de la défense.

Comme le rappelle la Cour de justice, le conseil juridique indépendant fait partie intégrante de la mission fondamentale de l'avocat dans une société démocratique[23]. En droit de la concurrence, où il contribue à prévenir les infractions, subordonner sa confidentialité à une finalité défensive fragilise cette mission et, au-delà, la liberté du justiciable de consulter son avocat en toute confiance.

Quarante ans après l'ordonnance de 1986, l'efficacité du droit de la concurrence ne peut donc pas être mesurée à la seule étendue des pouvoirs de sanction et d'enquête. Le véritable enjeu est celui du moment auquel la garantie intervient. Une protection qui n'apparaît

qu'après l'exploitation d'informations, la prise de connaissance d'une consultation confidentielle ou l'allègement du contradictoire risque de n'être qu'une garantie théorique. Alors que les pouvoirs deviennent plus intrusifs et leurs effets moins réversibles, les droits de la défense ne peuvent être relégués au statut d'objection différée : ils doivent demeurer une limite effective à l'exercice du pouvoir répressif.

1 Ordonnance n°86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, JORF du 9 décembre 1986
2 Autorité de la concurrence «Chiffres clés» rubrique «Montant des sanctions depuis 2014» (Chiffres clés | Autorité de la concurrence)
3 Autorité de la concurrence, annexe du rapport annuel 2024 – tableau 18, p. 21(ADLC_Annexes_2025 final_0.pdf)
4 Autorité de la concurrence «Chiffres clés» rubrique '»Montant des sanctions depuis 2014» (Chiffres clés | Autorité de la concurrence)
5 «De la transparence pour l'autorité de concurrence» Le Figaro, 14 mai 2008
6 Cons. Const. Déc. 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, Société Groupe Canal Plus et autre para. 16-19
7 Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des Etats membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, JOUE L 11 du 14 janvier 2019, p. 3-33
8 Cons. Const., 8 juill. 2016, n°2016-552 QPC, Société Brenntag, para. 7 à 9
9 Aut. Conc. déc. n°23-D-15 du 29 décembre 2023, Bisphénol A, para. 627 à 629
10 CA Paris, 26 novembre 2025, n°23/18491, Institut de liaisons des entreprises de consommation (ILEC) c. Autorité de la concurrence, pts 85 à 99
11 Cass. Crim., 13 janvier 2026, n°24-82.390, pt. 49
12 CJUE, gr. ch., 16 juill. 2026, aff. Jointes C-258/23 à C-260/23, Imagens Médicas Integradas e.a.
13 Art. L. 463-2 et ancien art. L. 464-5 du Code de commerce
14 Aut. conc., déc. n°23-D-15 du 29 décembre 2023, Bisphénol A, préc.
15 CEDH, gr. ch., 17 sept 2009, n°10249/03, Scoppola c. Italie (n°2)
16 Ibid., pts 110 à 113
17 CA Paris, pôle 5, ch. 7, 10 septembre 2026, RG n°23/17199, Démantèlement des installations nucléaires, pts 53 à 62
18 Art. 66-5, al. 1er, de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971
19 Cass. Com., 8 octobre 2025, n°24-16.995, pts 47 et 48
20 Cass. Crim., 13 janvier 2026, n°24-82.390, pts 19, 24 à 27 et 30 à 31
21 CJUE, 26 septembre 2024, C-432/23, F et Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, pts 50 et 51
22 Loi n°2026-122 du 23 février 2026 relative à la confidentialité des consultations des juristes d'entreprise, JORF n°0048 du 25 février 2026, texte n°1
23 CJUE, 26 septembre 2024, C-432/23, F et Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, pt. 50