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



Sir Philip Lowe

Directeur général de la DG Concurrence de la Commission européenne de 2002 à 2010

Le début des grandes réformes de la politique de concurrence en Europe[1]

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

Autorité de la concurrence

« Bliss was it in that dawn to be alive »[2]

Le poète anglais William Wordsworth écrivit ces mots au moment de la Révolution française, exalté par l'espoir et l'inspiration que les événements survenus en France allaient, selon lui, insuffler aux peuples du monde entier.

Il serait absurde de comparer les réformes de la politique de concurrence menées au début des années 2000 aux événements dramatiques qui se sont déroulés en France en 1789. Pourtant, lorsque je suis devenu Directeur général en charge de la concurrence à la fin de l'année 2002, l'époque était tellement aux réformes radicales et aux changements dans la politique européenne de concurrence que j'aurais dû mesurer le bonheur que c'était de vivre ces événements et de participer à ces bouleversements.

Comme à la veille de toute révolution, certains signes laissaient présager la nécessité d'un changement. Dans les années 1990, le mécontentement grandissait face à la manière dont le droit européen de la concurrence était appliqué. L'obligation de notification des accords prévue par le règlement (CEE) n° 17/62 a suscité des critiques de toutes parts. Une fois leurs accords notifiés, les entreprises bénéficiaient de la protection juridique prévue par le règlement ; toutefois, à moins que la Commission n'engage une procédure formelle à l'encontre de ces accords, les entreprises ne savaient jamais si la Commission allait ou non intervenir. L'arriéré de notifications accumulé par la Commission au fil des décennies leur donnait l'assurance d'être, pour le moment, à l'abri d'une mauvaise surprise. Et si elles souhaitaient obtenir davantage de garanties, elles pouvaient éventuellement obtenir une fameuse « lettre de confort ». En réalité, la Commission était incapable d'assurer une application effective des règles européennes de concurrence. Les décisions importantes en matière de concurrence se faisaient rares.

Cette situation était frustrante pour la Commission, mais elle l'était tout autant pour les autorités nationales de concurrence. La protection juridique résultant de la notification des accords à la Commission les empêchait de prendre des mesures à leur encontre en vertu du droit national. Les critiques publiques formulées à l'époque, notamment par le président du *Bundeskartellamt* et par les directeurs généraux successifs de la DGCCRF, n'ont fait que souligner le mécontentement général face à l'inefficacité de la Commission dans l'application des règles européennes de concurrence. Selon eux, l'application du droit de la concurrence en Europe aurait en réalité été plus efficace sans le règlement n° 17/62 et sans la Commission. Peut-être ces critiques à l'encontre de la Commission ont-elles également détourné l'attention de l'examen du bilan de certaines autorités nationales de concurrence, qui n'était guère plus brillant…

En matière de contrôle des concentrations, la situation était meilleure. En 1989, les États membres de l'Union européenne avaient admis l'argument selon lequel les concentrations de dimension européenne devaient faire l'objet d'un contrôle centralisé par la Commission (le « guichet unique »), tandis qu'en dessous de certains seuils de chiffre d'affaires, les règles nationales en matière de contrôle des concentrations continuaient de s'appliquer. C'est ainsi que le règlement (CEE) n° 4064/89 est entré en vigueur en 1990, conférant à la Commission des compétences exclusives pour traiter les opérations de concentration dépassant les seuils fixés, dans le respect de délais légaux stricts. Au cours des dix années suivantes, la Commission a pu démontrer qu'elle était capable d'assurer une application effective de ces règles européennes en matière de contrôle des concentrations.

Dans le même temps, l'existence d'un régime européen de contrôle des concentrations, parallèlement aux régimes nationaux au sein de l'Union européenne et aux régimes de pays tiers, notamment aux États-Unis, a conduit à s'interroger davantage sur son efficacité et son efficience. Le critère de « position dominante » au sens large prévu par les règles européennes en matière de contrôle des concentrations a-t-il permis de contrôler toutes les opérations de concentration susceptibles de porter atteinte à la concurrence ? Et les décisions de la Commission étaient-elles suffisamment à l'abri de toute influence politique ? Nombreux étaient ceux qui ont réclamé la création d'une autorité européenne de concurrence indépendante, distincte de la Commission.

En outre, le contrôle juridictionnel des pouvoirs de la Commission en matière d'interdiction des

opérations de concentration était-il suffisant ? De nombreuses entreprises ont estimé que la manière dont la Commission examinait leurs opérations de concentration témoignait d'une attitude arrogante et d'un manque de considération à l'égard des droits légitimes de défense des parties notifiantes.

Leurs critiques ont été confirmées par les arrêts rendus en 2002 par le Tribunal de première instance de Luxembourg, qui ont annulé trois décisions d'interdiction de concentration précédemment prises par la Commission (*Airtours/First Choice, Tetra Laval/Sidel, Schneider/Legrand*).

Enfin, l'élargissement de l'Union européenne à huit, puis finalement à dix nouveaux États membres signifiait que ces derniers – autorités de concurrence et juridictions comprises – devaient être prêts à appliquer les règles européennes de concurrence dès leur adhésion en 2004.

C'est dans ce contexte que se posaient, à la fin de l'année 2002, les défis auxquels étaient confrontés tous les acteurs de la concurrence en Europe et, en particulier nous-mêmes, à la Commission.

Les réactions furent mitigées. Après les revers essuyés dans les affaires de concentration devant le Tribunal de première instance, le sentiment qui régnait parmi les collègues de la DG Concurrence de la Commission était celui de la consternation, voire de la réticence. Certains demandaient que la Commission fasse appel des décisions du Tribunal de première instance devant la Cour de justice elle-même.

Parmi les collègues spécialisés dans le droit de la concurrence, en revanche, l'ambiance était empreinte d'un grand optimisme. Après de nombreuses années de travail acharné et de discussions tant au sein de la Commission qu'à l'extérieur, le Conseil des ministres de l'Union européenne a finalement adopté un nouveau règlement (1/2003/CE), qui a abrogé le règlement n° 17/62 et instauré un tout nouveau régime européen du droit de la concurrence. L'obligation de notifier les accords à la Commission a été supprimée. La conformité des accords avec le droit de la concurrence devait désormais reposer, comme aux États-Unis, principalement sur une autoévaluation par les entreprises concernées.

À l'avenir, l'application du droit européen de la concurrence devait être répartie entre la Commission et les autorités nationales de concurrence. La création d'un réseau européen de la concurrence, réunissant des représentants de la Commission et des autorités nationales, devait par ailleurs favoriser la convergence dans l'application du droit de la concurrence aux niveaux européen et national.

L'adoption du règlement n° 1/2003, conjuguée aux enseignements à tirer des revers essuyés dans les affaires de concentration à Luxembourg, a néanmoins soulevé la question de savoir s'il convenait également de moderniser la structure et les processus au sein de la Commission et, en particulier, au sein de la DG Concurrence.

Sous la direction du commissaire Mario Monti, nous avons avant tout, au sein de la DG Concurrence, voulu nous assurer que l'application du droit de la concurrence repose pleinement sur une connaissance approfondie des conditions de concurrence dans les secteurs dans lesquels il serait appliqué, ainsi que sur une analyse économique rigoureuse des structures et des comportements devant faire l'objet d'un examen. C'était, après tout, le message clair transmis par le Tribunal de première instance : définissez clairement votre théorie du préjudice et étayez-la par des éléments de preuve convaincants.

Le contrôle des aides d'État était également un domaine qui appelait, dans le traitement des affaires, une approche plus économique et moins formaliste.

Dès lors, la DG Concurrence a été réorganisée en 2003 et 2004 afin de se concentrer davantage sur les marchés, plutôt que sur les seuls instruments juridiques utilisés pour intervenir sur ces derniers (contrôle des ententes et des abus de position dominante, contrôle des concentrations et contrôle des aides d'État). En outre, nous avons mis en place de nouveaux mécanismes internes de contrôle et d'équilibre dans le processus décisionnel.

À la mi-juillet 2004, la Commission a nommé pour la première fois, au sein de la DG Concurrence, un économiste en chef, dont le statut pouvait être considéré comme équivalent à celui du Service juridique de la Commission pour ce qui était de fournir au commissaire à la Concurrence des avis définitifs sur des affaires et des questions spécifiques.

Malgré un certain scepticisme dans les milieux juridiques, la Commission a également reconnu la nécessité de répondre aux préoccupations selon lesquelles elle n'offrait aux entreprises que peu de sécurité ou de prévisibilité quant à la manière dont les règles de concurrence prévues par les traités de l'Union européenne seraient appliquées. Grâce au travail préparatoire accompli par le *Merger Task Force*, alors chargée des opérations de concentration au sein de la DG Concurrence, la Commission a adopté et publié, en décembre 2003, les Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales.

Au cours du second semestre de 2003, les travaux visant parallèlement à réviser le règlement européen sur les concentrations lui-même se sont intensifiés. Le Conseil des ministres de l'Union européenne est finalement parvenu à un accord, le 27 novembre 2003, sur le règlement révisé (139/2004/CE), qui est entré en vigueur le 1er mai 2004. Celui-ci a notamment modifié le critère de fond applicable aux concentrations, en remplaçant « *la création ou le renforcement d'une position dominante* » par « *une entrave significative à une concurrence effective* », afin de couvrir les « *gap cases* ». Parallèlement, il a amélioré les procédures de renvoi des affaires entre la Commission et les autorités nationales.

"Ce n'est pas le contenu des règles qui les rend plus ou moins acceptables aux yeux du public, mais la manière dont elles sont généralement acceptées et appliquées."

Les efforts de longue date visant à réformer les règles européennes de concurrence, qui ont abouti à l'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 1/2003, ainsi que les modifications apportées au régime européen de contrôle des concentrations, ont permis de moderniser en profondeur le cadre de la politique européenne de la concurrence, à temps pour l'adhésion de dix nouveaux Etats membres, le 1er mai 2004.

Je me souviens avoir fait, peu après le 1er mai 2003, une présentation à l'autorité polonaise de la concurrence sur le processus d'adhésion, satisfait que celle-ci couvre tous les aspects du droit européen de la concurrence et des aides d'État. Une remarque venue du public m'a cependant ramené à la réalité : « *Nous n'avons pas adhéré à l'Union européenne pour que les règles imposées par Moscou soient remplacées par des règles imposées par Bruxelles.* »

Cette remarque, associée aux réactions d'autres autorités nationales d'États membres, a fait passer un message important. Ce n'est pas le contenu des règles qui les rend plus ou moins acceptables aux yeux du public, mais la manière dont elles sont généralement acceptées et appliquées. La manière dont la Commission menait ses relations avec les autorités nationales dans l'Union européenne était tout aussi importante que n'importe quelle disposition du règlement 1/2003. En vertu de ce règlement, les autorités nationales conservaient des pouvoirs importants pour appliquer le droit national de la concurrence. Dès lors, l'application efficace et effective de la politique de concurrence dans l'Union européenne dépendait de la capacité de la Commission et des autorités nationales à agir comme de véritables partenaires, chacune mettant à profit ses ressources limitées pour obtenir un impact maximal dans l'ensemble de l'Union européenne. Il convenait d'encourager les autorités à l'origine des initiatives les plus pertinentes et les plus innovantes, plutôt que de les freiner au seul nom d'une application uniforme à l'échelle de l'Union européenne.

Cette vision ne faisait pas l'unanimité dans le monde européen de la concurrence. À Bruxelles, certains collègues, tant au sein de la Commission qu'à l'extérieur, estimaient que seule l'application progressive du droit de l'Union, qui primerait sur le droit national, permettrait de parvenir à un régime efficace du droit de la concurrence en Europe. Dans les capitales européennes, en revanche, nombreux étaient ceux qui tenaient à préserver la souveraineté nationale en matière de règles de concurrence. Le droit de l'Union ne serait qu'un « complément », sans plus.

Avant de revenir une nouvelle fois sur cette période de réforme profonde du droit européen

de la concurrence, il serait dommage de ne pas dire quelques mots des résultats obtenus parallèlement dans le cadre de la répression des pratiques anticoncurrentielles. En premier lieu, et malgré l'importance accrue accordée à l'analyse économique et à la connaissance des marchés, il a été clairement reconnu que la lutte contre les ententes se distinguait fondamentalement des autres domaines du droit de la concurrence. Il ne s'agissait pas ici d'anticiper l'évolution actuelle ou future des marchés, mais de déterminer ce qui s'était réellement passé auparavant – une démarche qui exigeait une véritable analyse rigoureuse et approfondie. Des ressources supplémentaires ont donc été consacrées à cet effet.

Toutefois, la Commission commençait parallèlement à s'attaquer aux problèmes qui émergeaient sur les nouveaux marchés de haute technologie, au-delà des seules questions liées au matériel informatique. La première étape importante fut franchie en mars 2004, avec l'adoption d'une décision à l'encontre de Microsoft pour avoir entravé l'interopérabilité de ses systèmes et pour avoir mis en œuvre des pratiques de vente liée illégales. Cette première décision envoyait un signal clair au monde des affaires : si les réformes en cours devaient conduire à une application plus judicieuse des règles européennes de concurrence, celles-ci n'en seraient pas moins appliquées de manière stricte.

Dans le même temps, de nombreux commentateurs se sont interrogés sur la manière dont la Commission pouvait infliger de lourdes amendes à des entreprises en position dominante – avec, à tout le moins, d'importantes répercussions négatives sur leur réputation – sans leur donner au préalable d'indications plus claires quant à savoir si leur structure ou leur comportement était susceptible d'être considéré comme anticoncurrentiel et illégal. Cette interrogation a conduit la Commission à engager des travaux sur l'élaboration de lignes directrices et, finalement, d'orientations relatives à l'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Ces travaux ont ouvert la voie à une application plus active des règles à l'encontre des pratiques d'éviction et ont finalement abouti à l'adoption récente de lignes directrices formelles par la Commission.

Après l'aube

Si l'on revient sur le bilan de l'application du droit européen de la concurrence depuis 2003-2004, des progrès significatifs ont indéniablement été accomplis, même si certains revers sont également à relever. On peut modifier les règles, mais la question de savoir si elles ont été appliquées de manière insuffisante ou excessive continue de dépendre en grande partie des décisions prises par la suite dans chaque affaire.

L'une des grandes avancées a néanmoins été la capacité des autorités nationales de concurrence de l'Union européenne – et notamment de l'Autorité de la concurrence en France – à appliquer parallèlement le droit européen et national de la concurrence de manière extrêmement efficace, en complément de l'action de la Commission.

Au sein du Réseau européen de la concurrence, la Commission et les autorités nationales ont également eu recours, de manière formelle ou informelle, aux mécanismes de renvoi des opérations de concentration afin qu'une opération de concentration au sein de l'Union européenne soit traitée par l'autorité « la mieux placée » pour l'examiner.

Dans le même temps, la directive ECN+ a démontré l'engagement de la Commission et des États membres de l'Union européenne en faveur d'une nouvelle conception d'un régime d'application des règles de concurrence à l'échelle de l'Union, dans lequel chaque autorité de concurrence de l'Union dispose de l'indépendance et des ressources nécessaires pour mener à bien sa mission.

Depuis 2004, l'impact de l'analyse économique sur l'application du droit de la concurrence continue de faire débat. Même les défenseurs les plus fervents des règles juridiques reconnaissent que l'analyse économique a permis aux autorités de concurrence de mieux comprendre le fonctionnement de la concurrence et des marchés. Des interrogations subsistent toutefois quant à son incidence sur la durée des enquêtes (l'obtention et l'analyse des données prennent du temps), ainsi que sur la clarté et la prévisibilité des décisions. Les orientations et lignes directrices qui ont été adoptées, ou qui le seront prochainement, contribuent largement à permettre aux entreprises d'évaluer si leur

comportement ou leurs opérations sont susceptibles de soulever des problèmes de concurrence.

Toutefois, compte tenu des contraintes en matière de ressources auxquelles une autorité de concurrence est inévitablement confrontée, se pose naturellement la question de sa capacité à gérer son portefeuille d'affaires. Si la plupart de ses affaires nécessitent une analyse économique approfondie, le nombre d'affaires qu'elle peut traiter est nécessairement limité. Dès lors, il existe de solides arguments en faveur de règles ou de présomptions ex ante pour les affaires plus simples. Le débat sur cette question est toutefois loin d'être clos.

Outre la définition de ses priorités en matière d'application du droit de la concurrence, une autorité de concurrence doit également anticiper si elle sera en mesure de défendre solidement ses affaires devant les juridictions. Depuis l'adoption d'une « approche plus économique » dans l'application du droit européen de la concurrence, la Commission, comme les juridictions, s'efforcent depuis au moins dix ans de concilier les précédents jurisprudentiels avec l'application des principes et de l'analyse économiques. On peut aujourd'hui observer une convergence nettement plus marquée. Mais là encore, le débat se poursuit…

S'agissant des règlements et lignes directrices de l'Union européenne, certains ont déjà été adaptés et améliorés au cours des vingt dernières années. D'autres révisions – notamment des lignes directrices sur les concentrations et, éventuellement, du règlement n° 1/2003 – sont actuellement en cours.

Cela démontre simplement qu'après une révolution, il restera toujours du travail à accomplir, et même que d'autres révolutions suivront.

"À la lumière de recommandations en matière de politique de concurrence formulées dans le rapport Draghi, un débat animé porte actuellement sur la question de savoir si l'application du droit européen de la concurrence devrait tenir compte d'objectifs de politique publique plus larges, tels que la croissance et la compétitivité de l'économie européenne."

À titre d'exemple, à la lumière des recommandations en matière de politique de concurrence formulées dans le rapport Draghi, un débat animé porte actuellement sur la question de savoir si l'application du droit européen de la concurrence devrait tenir compte d'objectifs de politique publique plus larges, tels que la croissance et la compétitivité de l'économie européenne. Il va de soi que les efforts actuellement déployés dans le cadre du contrôle des concentrations pour évaluer parallèlement les effets positifs et négatifs d'une opération laissent davantage de latitude aux autorités de concurrence pour prendre en compte ses bénéfices potentiels, notamment en termes d'innovation et d'investissement. Toutefois, les enjeux à traiter sont plus vastes. La compétitivité de l'économie européenne dépend également de son degré de résilience. Ses chaînes d'approvisionnement sont-elles suffisamment robustes pour résister aux chocs extérieurs, et les actifs essentiels à sa compétitivité, tels que les infrastructures physiques, les capacités de recherche et les talents, sont-ils conservés en Europe ? Le règlement de l'Union européenne sur les concentrations, ainsi que les lignes directrices sur les concentrations qui font actuellement l'objet d'une révision, devraient-ils être modifiés afin de tenir compte de ces préoccupations plus larges ? Si tel devait être le cas, un léger parfum de révolution flotterait dans l'air. Il existe toutefois de sérieux risques, notamment le risque que les opérations de concentration, dans le cadre d'un règlement révisé, soient finalement examinées davantage sous l'angle politique qu'au regard des principes du droit de la concurrence. Dès lors, intégrer les arguments en faveur des bénéfices que présentent les opérations de concentration dans le cadre du test de concurrence bien établi pourrait constituer une solution plus sûre.

Je tiens à remercier toutes celles et tous ceux qui ont contribué à faire aboutir les réformes de 2003 et 2004 et avec qui j'ai eu le privilège de travailler. Je ne saurais non plus sous-estimer le soutien que j'ai reçu en faveur des réformes de mes collègues au sein de la Commission, mais aussi de personnes extérieures à celle-ci, en Europe, en Amérique du Nord et au-delà.

Il est toutefois évident que les réformes que nous menions à l'époque ne constituaient qu'une partie du processus d'amélioration continue que nous souhaitons tous, afin de garantir que l'application du droit européen de la concurrence demeure de niveau mondial. Un cadre de politique de concurrence solide et prévisible protège les consommateurs. Mais il protège également les entreprises. Dans un monde où l'État de droit est de plus en plus remis en question, cela représente un atout important pour tous les Européens.

J'adresse mes chaleureuses félicitations à toutes celles et tous ceux qui ont contribué, au cours des quarante dernières années, à l'évolution du droit de la concurrence en France. Vous avez apporté une contribution importante à la politique européenne de concurrence et à l'application du droit de la concurrence, bien au-delà du cadre national.

1 Article rédigé en anglais et traduit en français.

2 « Quel bonheur c'était d'être en vie à l'aube ».