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



Richard Ferrand

Président du Conseil constitutionnel
Ancien Ministre et Président de l'Assemblée nationale

Quarante ans de droit de la concurrence : repères constitutionnels

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

Autorité de la concurrence

Le 5 août 2015, le Conseil constitutionnel a censuré l'une des mesures emblématiques de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dont j'étais le rapporteur général à l'Assemblée nationale : la faculté pour l'Autorité de la concurrence d'imposer des injonctions structurelles aux entreprises du commerce de détail. Cette décision m'a durablement marqué, par la leçon qu'elle portait : une régulation, même légitime, n'est admissible que si elle reste proportionnée à l'objectif qu'elle poursuit. C'est cette exigence, d'abord éprouvée comme législateur, que je voudrais retracer ici, à l'occasion du quarantième anniversaire de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986.

Un an plus tôt, en 2014, Jean-Louis Debré, alors Président du Conseil constitutionnel, écrivait que le contrôle constitutionnel exercé sur les atteintes à la liberté d'entreprendre avait « *subi une lente évolution qui [allait] dans le sens de son renforcement* »[1]. Aujourd'hui, ce constat se confirme, moins par le nombre de censures que par la structuration d'un contrôle désormais bien établi.

"[La décision du Conseil constitutionnel du 5 août 2015] m'a durablement marqué, par la leçon qu'elle portait : une régulation, même légitime, n'est admissible que si elle reste proportionnée à l'objectif qu'elle poursuit."

Le quarantième anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986 est ainsi l'occasion de revenir sur cette jurisprudence qui, sans être abondante, éclaire l'office du Conseil constitutionnel en la matière. L'enjeu est d'autant plus actuel que certaines critiques à l'encontre de l'État de droit présentent les règles de droit comme des obstacles à l'entrepreneuriat et au commerce. La jurisprudence constitutionnelle invite au contraire à penser leur conciliation.

Contrairement aux traités européens qui font du système de concurrence non faussée un objectif de l'Union[2] et à la Charte des droits fondamentaux qui consacre la « *liberté d'entreprise* » en son article 16, le Conseil n'a jamais conféré valeur constitutionnelle à la liberté de la concurrence. Il contrôle les dispositions relatives à la régulation du marché à l'aune d'autres normes, en particulier la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle. Il juge qu'« *il est loisible au législateur d'apporter [à ces libertés] des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* ».

Cette jurisprudence s'inscrit dans un cadre spécifique. Le Conseil se refuse en effet à contrôler la conventionnalité des lois depuis 1975[3] et n'exerce, à l'égard des lois de transposition des directives ou d'adaptation des règlements, qu'un contrôle cantonné aux principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France.

Le respect des articles 101[4] et 102[5] du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002[6], directement applicables, relève ainsi de l'Autorité de la concurrence et du juge ordinaire. Cela explique en partie que, sur le fond, le contrôle du Conseil porte principalement sur les pratiques restrictives de concurrence, extérieures au champ des textes européens car poursuivant un objectif distinct.

Parmi les décisions du Conseil, peuvent être distinguées celles portant sur des aspects substantiels du droit de la concurrence, c'est-à-dire sur les pratiques restrictives elles-mêmes et celles relatives à la mise en œuvre de ce droit, sous un angle davantage procédural.

Les pratiques restrictives : la régulation admise sous conditions

Le déséquilibre significatif

Dans sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011[7], le Conseil a jugé conforme à la Constitution le 2° du paragraphe I de l'article L. 442-6 du code de commerce, qui sanctionne le fait de soumettre un partenaire à des obligations créant un « *déséquilibre significatif* » dans les droits et obligations des parties. Il a relevé que la notion figurait déjà dans le code de la consommation, dont les dispositions reprennent une directive européenne[8], et que la jurisprudence en précisait le contenu. Les pratiques étaient donc,

pour le Conseil, définies en termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de la légalité des délits et des peines.

Le Conseil a réexaminé ces dispositions en 2018[9], en raison d'un changement de circonstances : un arrêt de la Cour de cassation[10] admettait en effet que le déséquilibre puisse résulter d'une inadéquation du prix, ouvrant un contrôle judiciaire du prix dès lors que celui-ci ne résultait pas d'une libre négociation. Le Conseil a maintenu sa position. Il a relevé l'objectif d'intérêt général poursuivi par le législateur, celui de rétablir l'équilibre des rapports entre partenaires commerciaux, et a constaté que le **juge pouvait « *se fonder sur le prix pour caractériser l'existence d'un déséquilibre significatif dans les obligations des partenaires commerciaux* »**, sans pouvoir fixer lui-même le « *juste prix* »[11], ce qui l'a conduit à écarter les griefs tirés de la méconnaissance de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle.

Les avantages injustifiés ou disproportionnés

Dans sa décision n° 2022-1011 QPC du 6 octobre 2022[12], le Conseil a jugé conforme à la Constitution le 1° du paragraphe I de l'article L. 442-1 du code de commerce, qui vise l'avantage « *ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie* ».
Il a reconnu l'objectif d'intérêt général tendant notamment à « *préserver l'ordre public économique* » et a estimé que les dispositions en cause permettaient au juge de **contrôler les conditions économiques de la relation commerciale « *uniquement pour constater une pratique illicite* », le commentaire de la décision précisant qu'elles ne lui confèrent aucun pouvoir de révision du prix ni de réfaction du contrat**. L'atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle n'a donc pas été jugée disproportionnée. La notion d'avantage « *manifestement disproportionné* » n'a pas davantage été jugée imprécise à l'aune du principe de la légalité des délits et des peines.

Les pénalités logistiques abusives

Dans sa décision n° 2024-1087 QPC du 30 avril 2024[13], le Conseil a examiné la constitutionnalité de la deuxième phrase du premier alinéa de l'article L. 441-17 du code de commerce, résultant de la loi n° 2021-1357 du 18 octobre 2021 dite « EGalim 2 », qui impose, lorsque les contrats fixent des pénalités infligées au fournisseur en cas d'inexécution d'engagements contractuels, que soit prévue une « *marge d'erreur suffisante* ». Relevant qu'il résulte des termes mêmes de ces dispositions que le caractère suffisant de la marge d'erreur doit s'apprécier au cas par cas au regard du volume de livraisons prévues par le contrat, il a jugé que la notion ne présentait pas de caractère imprécis ou équivoque. Ce contrôle de la précision de la norme est récurrent : **sans juger de l'opportunité de la règle, le Conseil vérifie que le législateur a suffisamment défini les comportements sanctionnables**.

Au-delà du contrôle des règles de fond en matière de régulation des relations commerciales, le Conseil veille aux garanties qui entourent leur mise en œuvre.

Des garanties proportionnées à l'étendue des pouvoirs

Les garanties procédurales

La décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987[14] est surtout connue pour avoir consacré le principe fondamental reconnu par les lois de la République relatif à la compétence de la juridiction administrative. Sous l'angle de la concurrence, le Conseil a censuré la loi transférant au juge judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, non en raison du transfert lui-même, qu'il a admis au nom d'une bonne administration de la justice, mais parce que, compte tenu de la nature non juridictionnelle du Conseil de la concurrence, de l'étendue des injonctions et de la gravité des sanctions qu'il pouvait prononcer, le droit d'obtenir un sursis à exécution constituait une garantie essentielle des droits de la défense, que la cour d'appel de Paris ne pouvait alors accorder. Rendue moins de deux mois après l'ordonnance de 1986, cette décision a rapidement été suivie d'effet : par la loi du 6 juillet 1987, le législateur a procédé au transfert initialement prévu, mais en confiant au premier président de la cour d'appel de Paris le pouvoir d'ordonner un sursis à exécution dans certaines hypothèses[15]. La Cour européenne des droits de l'homme a, de son côté, jugé que l'article 6 § 1 s'appliquait à la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence.

Les titulaires de l'action

En 2011[16], le Conseil a validé le pouvoir d'agir attribué au ministre de l'Économie et au ministère public,

en particulier pour faire cesser des pratiques restrictives, constater la nullité de contrats illicites ou demander la réparation des préjudices en ayant résulté, à la seule condition que les parties au contrat soient informées d'une telle action de l'autorité publique. Pour caractériser l'objectif du législateur, **l'expression d'« *ordre public économique* » a été employée pour la première fois**. Le Conseil a conclu que les dispositions en cause conciliaient intérêt général et liberté d'entreprendre sans porter une atteinte disproportionnée à celle-ci. Cette décision illustre **une conception de la régulation relevant de l'intérêt général et pas seulement des intérêts privés**.

Les pouvoirs de l'Autorité de la concurrence

Par sa décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012[17], le Conseil a validé, d'une part, les pouvoirs de sanction de l'Autorité de la concurrence en cas d'inexécution d'une injonction ou d'un engagement inscrit dans une décision autorisant une concentration et, d'autre part, la composition, les règles de délibération et les modalités de saisine de l'Autorité de la concurrence au regard des exigences d'indépendance et d'impartialité de l'article 16 de la Déclaration de 1789. Sur ce point, des garanties similaires sont désormais prévues au niveau européen par la directive (UE) 2019/1 du 11 décembre 2018[18], qui porte notamment sur l'indépendance des autorités nationales de concurrence.

"Une régulation claire, proportionnée et entourée de garanties n'entrave pas la liberté d'entreprendre, mais permet au contraire que celle-ci s'exprime dans un cadre juridique prévisible et cohérent."

Par ailleurs, la décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015[19] a censuré, au regard de la liberté d'entreprendre et du droit de propriété, la faculté pour l'Autorité de la concurrence de prononcer des injonctions structurelles à l'égard des entreprises de commerce de détail en position dominante avec plus de 50 % de parts de marché. Le Conseil a relevé, d'une part, que ces mesures pouvaient conduire à remettre en cause les prix et les marges pratiqués par l'entreprise, voire à imposer des résiliations d'accords ou des cessions d'actifs alors que la position dominante pouvait avoir été acquise par ses mérites et sans abus constaté, et d'autre part, qu'elles s'appliquaient à l'ensemble du commerce de détail alors que l'objectif visait le seul commerce alimentaire. Cette censure montre l'intensité du contrôle du Conseil lorsque les pouvoirs de l'Autorité de la concurrence emportent des conséquences particulièrement lourdes. Rapporteur général de ce texte, j'en ai mesuré la portée : le Conseil n'a pas remis en cause l'objectif poursuivi, qu'il a défini comme « *un objectif de préservation de l'ordre public économique et de protection des consommateurs* », mais l'étendue du moyen retenu pour l'atteindre. La position du Conseil rejoint à cet égard la logique du droit de l'Union, où l'existence d'une position dominante n'est pas interdite en elle-même[20] et où des mesures structurelles ne peuvent être imposées, en cas d'infraction, que si elles sont proportionnées et à défaut de « *mesure comportementale* » aussi efficace[21]. Le droit français a depuis emprunté cette voie : l'article L. 464-2 du code de commerce, modifié par l'ordonnance du 26 mai 2021 transposant la directive dite « ECN+ »[22], permet à l'Autorité d'imposer, en cas d'infraction, des mesures correctives structurelles proportionnées à l'infraction commise.

En 2016[23], le Conseil a en revanche validé les pouvoirs d'enquête de l'Autorité de la concurrence, la légalité des demandes d'information pouvant être contestée par voie d'exception et un recours indemnitaire étant ouvert en cas d'illégalité.

Les personnes passibles d'une sanction

Enfin, par sa décision n° 2016-542 QPC du 18 mai 2016[24], le Conseil a écarté le grief tiré de la méconnaissance du principe de personnalité des peines concernant la possibilité de prononcer une amende civile à l'encontre d'une personne morale qui n'exploitait pas l'entreprise fautive au moment des faits mais à laquelle elle avait été transmise à la suite d'une opération de fusion-absorption. Sa motivation s'est notamment fondée sur l'objet de cette amende civile, « *préserver l'ordre public économique* », et sur le fait que l'absorption d'une société auteur de pratiques restrictives par une autre ne mettait pas fin aux activités à l'occasion desquelles ces pratiques étaient commises.

Cette brève rétrospective démontre que le Conseil constitutionnel analyse la régulation de la concurrence à l'aune des libertés économiques et des garanties procédurales, avec une méthode constante, qui tient notamment compte de l'objectif d'intérêt général de préservation de l'ordre public économique. Cette construction s'articule avec le droit de l'Union européenne, qui poursuit un objectif de concurrence non faussée tout en protégeant la liberté d'entreprise. Les deux ordres juridiques cherchent, par des voies différentes, un équilibre entre liberté économique et régulation.

L'équilibre entre libertés économiques et exigence de régulation pourrait être de nouveau mis à l'épreuve. Les rapports de force entre fournisseurs et distributeurs et la puissance des plateformes numériques, notamment, pourraient susciter de nouvelles questions. Aujourd'hui Président du Conseil constitutionnel, j'affirme à ceux qui voient dans le droit un frein à l'entrepreneuriat, que cette jurisprudence répond qu'une régulation claire, proportionnée et entourée de garanties n'entrave pas la liberté d'entreprendre, mais permet au contraire que celle-ci s'exprime dans un cadre juridique prévisible et cohérent.

1 Debré Jean-Louis, « Liberté d'entreprendre et droit de la concurrence dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *À quoi sert la concurrence ?*, 2014, p. 673-678.

2 Protocole n° 27 sur le marché intérieur et la concurrence et article 3 du Traité sur l'Union européenne.

3 Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*.

4 Article 101, alinéa 1er : « *Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur (…)* ».

5 Article 102, alinéa 1er : « *Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci. (…)* ».

6 Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

7 Décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, *Établissements Darty et Fils [Déséquilibre significatif dans les relations commerciales]*.

8 Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

9 Décision n° 2018-749 QPC du 30 novembre 2018, *Société Interdis et autres [Déséquilibre significatif dans les relations commerciales II]*.

10 Cour de cassation, chambre commerciale, n° 15-23.547, 25 janvier 2017.

11 Cf. Commentaire de la décision n° 2018-749 QPC du 30 novembre 2018, p. 13.

12 Décision n° 2022-1011 QPC du 6 octobre 2022, *Société Amazon EU [Avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné]*.

13 Décision n° 2024-1087 QPC du 30 avril 2024, *Groupement d'achat Édouard Leclerc [Obligation de prévoir une marge d'erreur suffisante dans les contrats comportant des pénalités logistiques infligées aux fournisseurs]*.

14 Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*.

15 Loi n° 87-499 du 6 juillet 1987 transférant le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence à la juridiction judiciaire (article 1er).

16 Décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autre [Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence]*.

17 Décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre [Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction]*.

18 Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, transposée par l'ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021.

19 Décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, cons. 27 à 32*.

20 CJCE, 9 novembre 1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin contre Commission des Communautés européennes, aff. 322/81, paragr. 57 : « La constatation de l'existence d'une position dominante n'implique en soi aucun reproche à l'égard de l'entreprise concernée, mais signifie seulement qu'il incombe à celle-ci, indépendamment des causes d'une telle position, une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun »*.

21 Article 7 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, *précité*.

22 Ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021 relative à la transposition de la directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur.

23 Décision n° 2016-552 QPC du 8 juillet 2016, *Société Brenntag [Droit de communication de documents des agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence et des fonctionnaires habilités par le ministre chargé de l'économie]*.

24 Décision n° 2016-542 QPC du 18 mai 2016, *Société ITM Alimentaire International SAS [Prononcé d'une amende civile à l'encontre d'une personne morale à laquelle une entreprise a été transmise]*.