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



Virginie Beaumeunier

Rapporteure générale de l'Autorité de la concurrence de 2009 à 2017
Directrice générale de la DGCCRF de 2018 à 2022
Présidente du Comité économique des produits de santé

Contribution pour les 40 ans du droit français de la concurrence

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

Autorité de la concurrence

Lorsque j'ai commencé à pratiquer, en novice, le droit de la concurrence au sein de la DGCCRF, l'ordonnance du 1er décembre 1986 avait moins de dix ans. Dans un pays comme la France, de culture colbertiste où le rôle de l'État dans l'économie demeurait très important malgré la politique de privatisations engagée à la même époque, son appropriation par les entreprises, les citoyens et l'administration n'allait pas de soi. Si un certain nombre de secteurs avaient été antérieurement « libérés » du contrôle des prix, l'inversion du principe constituait une petite révolution et supposait de travailler sur les secteurs qui demeuraient sous un régime de réglementation des prix, par exception.

Quelle pouvait être l'appropriation d'un droit d'origine américaine dans un pays qui restait mal à l'aise avec l'économie de marché ? Elle fut progressive… Combien y a-t-il eu de « plaintes » à la DGCCRF pour des cafés facturés plus chers sur les Champs-Élysées que dans un bar de campagne ?

Quant aux entreprises, l'idée que seuls les mérites et non le partage des informations et la répartition des offres devaient déterminer leur réussite dans les marchés publics notamment, n'était pas totalement naturelle.

"La force de ce modèle résidait dans la présence d'agents susceptibles de couvrir l'ensemble du territoire pour détecter et enquêter sur des pratiques anticoncurrentielles."

Au terme de 40 ans d'application, avec l'ouverture à la concurrence de plusieurs marchés dont les consommateurs ont pu voir les effets, la « culture de concurrence » est devenue plus répandue. Elle a permis par exemple la démocratisation du transport aérien, du téléphone mobile et de l'accès à internet, rendant l'apport du droit de la concurrence concret y compris par la sanction de pratiques anticoncurrentielles sur des marchés nouvellement ouverts.

S'agissant des entreprises, le montant de certaines sanctions prononcées par l'Autorité de la concurrence depuis 2009 ou par la Commission européenne a frappé les esprits et fait prendre conscience que l'application du droit de la concurrence pouvait être un risque pour une entreprise. Il reste à faire comprendre à toutes qu'il peut être également une opportunité qui facilite leur développement.

Le modèle français du droit de la concurrence est à plusieurs égards original. Il a connu une montée en charge régulière s'appuyant d'abord - comme souvent en France - sur une administration, la DGCCRF, en charge de l'élaboration de ce droit, de la détection des indices de pratiques anticoncurrentielles et de la réalisation des enquêtes dont le résultat était ensuite transmis au Conseil de la concurrence pour sanction de ces pratiques. La force de ce modèle résidait dans la présence d'agents susceptibles de couvrir l'ensemble du territoire pour détecter et enquêter sur des pratiques anticoncurrentielles.

C'est la raison pour laquelle la grande réforme du droit de la concurrence intervenue en 2009 par la loi de modernisation de l'économie qui a élargi les compétences de la nouvelle Autorité de la concurrence, a conservé un système s'appuyant au moins en partie sur la capacité d'intervention territoriale de la DGCCRF. Parallèlement, les droits des entreprises dans le processus de sanction ont été accrus à travers notamment le principe de séparation entre l'instruction et la décision. Par ailleurs, le modèle « s'européanisait » en transférant le contrôle des concentrations à une autorité indépendante permettant d'isoler l'analyse concurrentielle des autres impacts de ces opérations sur le développement industriel, la compétitivité internationale ou le maintien de l'emploi. Ces autres objectifs d'intérêt général peuvent être pris en compte par le ministre de l'économie s'ils entrent en conflit avec celui du bon fonctionnement de la concurrence. La réalité a montré que ce conflit était très rare car le bon fonctionnement de la concurrence contribue très largement au dynamisme économique.

La réforme de 2009 a permis également d'ancrer l'autorité française dans le réseau européen de concurrence, dont elle est un membre reconnu pour le dynamisme de son activité ainsi que pour sa capacité à s'intéresser à des sujets nouveaux.

En effet, une autre originalité française qui a beaucoup contribué à développer la connaissance du droit de la concurrence et l'analyse économique concurrentielle est la capacité confiée en 2009 à l'Autorité de la concurrence de s'autosaisir pour avis et produire ainsi des études sectorielles sensibilisant aux enjeux de dysfonctionnement de certains marchés voire ouvrant la voie à des réformes structurelles. Ce fut le cas par exemple dans le domaine des professions réglementées

du droit, des transports routiers de voyageurs ou encore des pièces détachées automobiles. Les interventions plus récentes de l'Autorité dans le domaine numérique ont également marqué les esprits (publicité en ligne, secteur du *cloud*, intelligence artificielle notamment).

Pour renforcer la portée de ces études sectorielles, il existe un autre atout de l'organisation française de mise en œuvre du droit de la concurrence : il s'agit de l'existence d'une administration centrale compétente en matière de concurrence, permettant certes de préparer la rédaction des textes, mais aussi de se faire le relais dans le débat interministériel des propositions de l'Autorité de la concurrence. La DGCCRF doit également veiller, en interministériel, à ce que le travail réglementaire - parfois très nourri dans certains secteurs - n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire, sauf à finalement entraver le développement économique. Cette action est d'autant plus pertinente que la DGCCRF peut s'appuyer sur une expérience de terrain des dysfonctionnements concurrentiels, grâce à son réseau d'enquêteurs.

"La concurrence n'est pas un objectif en soi mais un instrument d'efficacité économique qui doit être combiné avec un ensemble d'objectifs d'intérêt général [...]."

La célébration des 40 ans de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ne serait pas complète sans évoquer une autre spécificité française que constitue la partie relative aux pratiques commerciales restrictives de concurrence (dites PCR), transcrite aujourd'hui dans le titre IV du livre IV du code de commerce. Cette partie encadre assez strictement les relations contractuelles commerciales en prévoyant des interdictions et des obligations, considérant des comportements commerciaux comme déloyaux et susceptibles d'engager la responsabilité de leurs auteurs. Elle a fait l'objet de nombreuses critiques, a été beaucoup remaniée – sans doute trop –, mais a fini par influencer le droit européen, notamment pour les produits agricoles et alimentaires, et a surtout permis d'appréhender des comportements dans de nouveaux secteurs comme le numérique pour lesquels le droit « classique » de la concurrence avait montré quelques limites. C'est ainsi que le *Digital Markets Act*, en prohibant *ex ante* certaines pratiques, trouve une partie de sa filiation dans le droit des PCR.

De même, les exigences renforcées relatives aux délais de paiement, qui se trouvent dans cette partie du code de commerce et qui font l'objet d'une application active par la DGCCRF, se sont retrouvées dans des débats et un projet de texte européens, même s'il n'a pas abouti à ce stade.

Ainsi en 40 ans, le droit de la concurrence en France a fait l'objet de quelques réformes significatives, qui restent peu nombreuses – à l'exception des dispositions sur les pratiques commerciales. Cela traduit, à mon sens, la maturité de celui-ci mais aussi, je dirais, sa plasticité, c'est-à-dire la capacité de ce droit, pour la partie « antitrust » qui repose essentiellement sur deux articles, à appréhender des comportements nocifs nouveaux et dans des secteurs économiques que nous n'imaginions même pas en 1986.

A-t-il pour autant réconcilié les Français avec l'économie de marché ? Je ne saurais le dire. Cependant, alors que la question du pouvoir d'achat constitue actuellement la première préoccupation de nos concitoyens, il faut rappeler la contribution du droit de la concurrence et surtout de sa mise en œuvre effective à la préservation de celui-ci, en luttant en particulier contre les rentes indues et en offrant des capacités de développement à des nouveaux entrants susceptibles d'être plus compétitifs.

Je souhaite à cet égard partager une conviction : une économie de marché sans aucune régulation est source d'inefficacité, d'inégalités, en captant indûment des profits qui sur le long terme nuisent au développement économique et social. Il faut se rappeler que la concurrence n'est pas un objectif en soi mais un instrument d'efficacité économique qui doit être combiné avec un ensemble d'objectifs d'intérêt général parmi lesquels on ne peut manquer de citer le développement durable. Ce dernier objectif peut justifier des accords entre entreprises, par exemple sur des engagements en termes de durabilité des produits, sous certaines conditions, notamment pour éviter les comportements opportunistes néfastes à l'environnement. Or, l'Autorité de la concurrence comme la DGCCRF prennent désormais en compte cette dimension indispensable, dans leur action. C'est une nouvelle preuve de l'adaptabilité du droit de la concurrence, sans doute avec de nouveaux défis pour les 40 prochaines années !