

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

Regards croisés

À l'occasion des quarante ans de l'ordonnance du 1er décembre 1986, 27 personnalités croisent leurs regards sur les évolutions du droit de la concurrence et ses enjeux contemporains.

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

Autorité de la concurrence

Sommaire

Préface 4

SARAH LACOCHE ET BENOÎT CŒURÉ

THÈME 1

Regards croisés sur quarante ans de concurrence en France 6

VIRGINIE BEAUMEUNIER
Contribution pour les 40 ans du droit français de la concurrence 8

GUILLAUME CERUTTI
L'accord sur les prix du 17 juin 2004, ou l'État interventionniste au service de la liberté des prix 11

JÉRÔME GALLOT
Les deux autorités 16

NATHALIE HOMOBONO
Les premiers pas du déséquilibre significatif dans les relations commerciales 21

PATRICK HUBERT
Une étape importante dans l'histoire du contrôle des concentrations : l'avis Carrefour/Promodès du 3 mai 2000 25

BRUNO LASSERRE
1986-2026. D'une singularité française à une autre, à laquelle il ne faudrait surtout pas renoncer… 30

IRÈNE LUC
Quarantième anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence 37

MARIO MONTI
Quarante ans au service de la concurrence : une institution clé dans la transformation économique de la France et de l'Europe 42

THÈME 2

La construction européenne et internationale du droit de la concurrence 48

JOAQUÍN ALMUNIA
Deux remarques concernant mon mandat : les aides d'État aux banques et l'affaire *Google* 49

OLIVIER GUERSENT
De l'autorité nationale à l'acteur du réseau européen 54

ALEXANDER ITALIANER
Some reflections on my period at the helm of DG Competition, 2010-2015 60

SIR PHILIP LOWE
Bliss was it in that dawn to be alive 65

MARC VAN DER WOUDE
L'Autorité de la concurrence : une autorité française et européenne 72

THÈME 3

Le juge face au droit de la concurrence 75

JACQUES BOULARD
La cour d'appel de Paris, au cœur du dispositif français de la concurrence 76

CARLA DEVEILLE-FONTIHNA
Quelle contribution de l'autorité judiciaire au droit de la concurrence ? 80

RICHARD FERRAND
Quarante ans de droit de la concurrence : repères constitutionnels 85

BERTRAND GOUARIN
Réparer et réguler ou les promesses tenues de l'ordonnance du 1er décembre 1986 90

AGNÈS MAITREPIERRE
Dialogue des juges, droit de la concurrence et action publique 95

CHRISTINE MAUGÜÉ
Le droit de la concurrence comme source de la légalité administrative 98

CHRISTOPHE SOULARD
L'articulation des rôles de l'Autorité de la concurrence et du juge judiciaire depuis l'ordonnance du 1er décembre 1986 103

THÈME 4

Les outils de la concurrence face aux défis d'aujourd'hui et de demain 108

EMMANUEL COMBE
40 ans de sanctions pécuniaires du Conseil et de l'Autorité de la concurrence : une influence économique 109

ISABELLE DE SILVA
Vers la régulation et au-delà… ? 115

JOHANNES LAITENBERGER
Les mesures provisoires en droit de la concurrence 121

STANISLAS MARTIN
« Killer acquisitions » : Catch me if you (Continental) Can 126

MICHEL PONSARD
L'inefficience des gains d'efficience 131

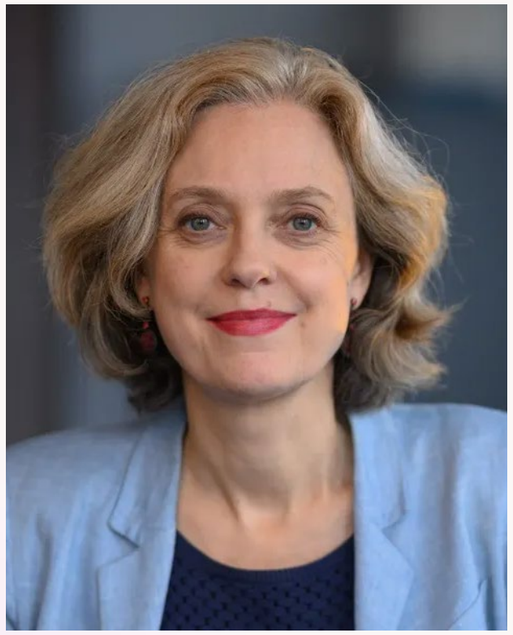
TERESA RIBERA
La concurrence au service de la société face aux défis de notre époque 136

LÉNA SERSIRON
Pour des garanties procédurales à la mesure du pouvoir répressif de l'Autorité de la concurrence 141

Préface de

Sarah Lacoche et Benoît Cœuré

Directrice générale de la DGCCRF *Président de l'Autorité de la concurrence*





Le 1er décembre 1986, un seul alinéa a suffi à clore quarante et un ans de prix administrés : l'ordonnance du 30 juin 1945 était abrogée, et les prix seraient désormais « librement déterminés par le jeu de la concurrence ». Dans un pays de tradition colbertiste, ce renversement du principe relevait du pari. Quarante ans plus tard, on peut dire que celui-ci a été tenu !

Le marché n'est pas une notion immanente ni un ordre naturel ; il ne fonctionne au service de tous que lorsqu'il est encadré par la loi. L'ordonnance n° 86-1243 ne s'est pas contentée de libérer les prix. Elle a doté la France d'une architecture complète en matière de concurrence : un Conseil de la concurrence indépendant, capable de se saisir d'office et de sanctionner les ententes et les abus de position dominante ; un régime de contrôle des concentrations renouvelé, puisque le ministre chargé de l'Économie pouvait désormais consulter le Conseil pour avis ; un dispositif de détection et de qualification des pratiques anticoncurrentielles par la DGCCRF ; des règles de transparence et de lutte contre les pratiques restrictives, dont cette direction assure le respect. La loi du 6 juillet 1987 a complété l'ordonnance en confiant à la cour d'appel de Paris, sous le contrôle de la Cour de cassation, les recours contre les décisions du Conseil, le Conseil d'État demeurant compétent en matière de concentrations.

Cette architecture a beaucoup évolué depuis, qu'il s'agisse du renforcement des sanctions et des procédures sous la loi relative aux Nouvelles Régulations Economiques (NRE) de 2001, de la mise en place du Réseau européen de la concurrence en 2004, de la création de l'Autorité de la concurrence par la loi de modernisation de l'économie de 2008 ou de la directive ECN+, qui a notamment consacré à l'échelle européenne les garanties d'indépendance des autorités nationales de concurrence. L'ordonnance de 1986 demeure encore aujourd'hui la pierre angulaire du droit de la concurrence en France constituant un socle solide qui s'est enrichi.

C'est pourquoi nous avons souhaité célébrer ensemble cet anniversaire, en donnant la parole à celles et ceux qui ont participé à cette aventure. L'Autorité de la concurrence et la DGCCRF sont toutes deux héritières de l'ordonnance et la complémentarité de nos missions est aujourd'hui l'une des forces du modèle français.

Les auteurs des vingt-sept contributions qui composent ce recueil ont fait vivre ce modèle depuis 1986 : anciens directeurs généraux de la DGCCRF, anciens présidents et rapporteurs généraux du Conseil puis de l'Autorité, commissaires et directeurs généraux de la concurrence de la Commission européenne, chefs de juridictions, magistrats, avocats et économistes. Nous leur avons laissé toute liberté de sujet. Il en résulte un ensemble à plusieurs voix, fait de souvenirs, d'analyses et parfois de désaccords, qui forme un témoignage précieux sur quatre décennies de politique de concurrence.

Quatre fils conducteurs se dégagent de ces contributions et permettent de guider le lecteur dans ce recueil.

Le premier enseignement est que la culture de concurrence n'était pas initialement acquise et s'est imposée progressivement en France. La DGCCRF et le Conseil puis l'Autorité de la concurrence ont, au fil des années, appris à travailler ensemble, chacun dans le rôle que le législateur lui a confié, aussi bien en matière de pratiques anticoncurrentielles que de contrôle des concentrations. Certaines affaires marquantes sont à juste titre rappelées dans ces pages. Il a également fallu définir la place de l'État dans les relations commerciales, par exemple à l'occasion de l'accord sur les prix du 17 juin 2004 ou de l'introduction de la notion de déséquilibre significatif en 2008. De ce parcours est né un modèle original, qui repose sur deux piliers aussi complémentaires que nécessaires, mais également sur une singularité française défendue avec force par certains contributeurs.

Le deuxième constat est d'ordre européen. Aucun texte n'obligeait la France à aligner son droit sur les articles 85 et 86 du traité CEE (aujourd'hui articles 101 et 102 du TFUE) ; elle l'a pourtant fait dès 1986. Depuis le règlement n° 1/2003, qui a fait des autorités nationales de concurrence des acteurs à part entière de l'application du droit européen, l'Autorité contribue activement aux travaux du Réseau européen de la concurrence, aux côtés de la Commission. Ainsi, le droit européen et le droit français de la concurrence continuent d'avancer ensemble, en s'enrichissant mutuellement aussi bien sur le fond qu'en matière procédurale. Dans d'autres instances internationales telles que le Comité de la concurrence de l'OCDE, la DGCCRF et l'Autorité font rayonner le modèle français et s'inspirent des meilleures pratiques d'autres juridictions.

Le troisième axe structurant concerne le juge. La cour d'appel de Paris exerce, sous le contrôle de la Cour de cassation, un contrôle de pleine juridiction sur les décisions de l'Autorité et veille au respect des garanties procédurales ; elle connaît aussi du contentieux des pratiques restrictives et des actions en réparation, volet désormais incontournable du droit économique. Le Conseil d'État a intégré le droit de la concurrence aux règles qui s'imposent à l'action administrative, en plus de son rôle en matière de contrôle des concentrations. Le Conseil constitutionnel, enfin, invite à penser la conciliation entre règles de droit et libertés fondamentales. Le « dialogue des juges » revient souvent dans ces contributions : aujourd'hui plus que jamais, il a un rôle clé à jouer dans l'avenir du droit de la concurrence en France et en Europe.

Le quatrième thème développé porte sur les outils. Les sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité ont changé d'échelle et leur caractère dissuasif est assumé, tandis que des moyens d'actions supplémentaires ont été attribués à la DGCCRF en matière de pratiques anticoncurrentielles avec la création du pouvoir de transaction-injonction du Ministre et en matière

de pratiques restrictives. La pratique française des mesures conservatoires nourrit la réflexion sur la révision du règlement n° 1/2003. Le contrôle des acquisitions prédatrices et la prise en compte des gains d'efficience restent à approfondir. L'extension des pouvoirs d'enquête et de sanction a, en retour, renforcé l'exigence de garanties procédurales.

Ce recueil ne tranche pas tous les débats. Faut-il préserver une autorité de concurrence principalement chargée de l'application des règles de concurrence, ou lui reconnaître un rôle plus large de régulateur des marchés, prenant davantage en compte d'autres objectifs de politique publique, tels que la transition écologique ou la compétitivité ? Comment renforcer l'efficacité de l'action publique en adaptant les pouvoirs d'enquête et de sanction de l'Autorité de la concurrence et de la DGCCRF aux transformations des marchés, dans le respect des garanties procédurales ? Quelle place prendra la répression pénale des pratiques anticoncurrentielles ? Ces questions soulevées par nos contributeurs restent ouvertes, et c'est tant mieux : elles dessinent les enjeux des années à venir.

Ces enjeux sont considérables. Les marchés numériques et l'intelligence artificielle mettent nos outils à l'épreuve. La transition écologique et la compétitivité européenne invitent à mieux mesurer ce que la concurrence peut apporter à l'innovation et à l'investissement. Le pouvoir d'achat demeure une préoccupation majeure de nos concitoyens. Face à ces défis, la réponse ne réside ni dans le renoncement ni dans la surenchère. La force de la politique de concurrence tient à sa capacité à produire des résultats concrets pour les ménages comme pour les entreprises, dans le respect de règles claires et sous le contrôle du juge.

Nous remercions chaleureusement l'ensemble des contributeurs, qui ont accepté de partager leur expérience et leurs convictions, ainsi que les agents de nos deux institutions qui, au quotidien, font vivre l'héritage de l'ordonnance de 1986.

Bonne lecture à toutes et à tous.

Sarah Lacoche



Benoît Cœuré



THÈME 1

Regards croisés sur quarante ans de concurrence en France

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

DGCCRF
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 !

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



Guillaume Cerutti

Directeur général de la DGCCRF de 2004 à 2007

L'accord sur les prix du 17 juin 2004, ou l'État interventionniste au service de la liberté des prix

DGCCRF
Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

Autorité de la concurrence

Nommé directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) en Conseil des ministres le 2 juin 2004, je fus immédiatement plongé dans les discussions engagées avec les représentants des industriels et des distributeurs sous l'égide du ministre de l'Économie et des Finances de l'époque, Nicolas Sarkozy. Deux semaines plus tard, elles allaient aboutir à la signature d'un accord sur les prix, inédit tant par sa forme que par son contenu.

Cette séquence politique, puis les travaux qui suivirent jusqu'en 2008, ont profondément modifié le cadre issu de l'ordonnance de 1986 sur un point essentiel : la définition du seuil de revente à perte. Plus fondamentalement encore, ils ont révélé les ambivalences qui continuent d'être à l'œuvre en France en matière de liberté des prix et de concurrence. C'est pourquoi il me paraît intéressant, au moment où nous célébrons les quarante ans de ce texte fondateur, de revenir sur la genèse, le déroulement et les suites de ce singulier accord du 17 juin 2004.

"Cette séquence politique, puis les travaux qui suivirent jusqu'en 2008, ont profondément modifié le cadre issu de l'ordonnance de 1986 sur un point essentiel : la définition du seuil de revente à perte."

Acte 1 : de l'ordonnance de 1986 aux effets pervers de la loi Galland

L'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence marque une rupture historique dans un pays adepte d'interventionnisme économique. Son article 1er pose le principe général selon lequel les prix des biens et services sont librement déterminés par le jeu de la concurrence. Mais cette liberté comporte plusieurs limites, dont la plus célèbre est l'interdiction de la revente à perte, principe en vigueur depuis 1963. L'article 32 de l'ordonnance sanctionne ainsi la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif, ce dernier étant déterminé à partir du prix porté sur la facture d'achat, augmenté des taxes et, le cas échéant, du coût du transport. D'autres articles complètent ce dispositif : l'article 31 exige notamment que les rabais, remises et ristournes acquis et chiffrables apparaissent sur la facture, tandis que l'article 34 interdit à un fournisseur d'imposer, directement ou indirectement, un prix minimal de revente à son distributeur. Le système repose donc sur trois idées simples : le fournisseur ne fixe pas le prix de revente ; le distributeur est libre de fixer ce prix ; mais il ne peut, en principe, revendre en dessous de son prix d'achat effectif.

Toute la difficulté va progressivement se concentrer sur cette notion de prix d'achat effectif.

Au milieu des années 1990, la concentration de la grande distribution a considérablement renforcé le pouvoir des centrales d'achat. Pour nombre d'industriels, notamment les PME, la perte du référencement auprès d'une grande enseigne peut provoquer une chute immédiate et considérable du chiffre d'affaires. La puissance de négociation de la grande distribution favorise aussi certaines pratiques abusives en matière de prix d'appel, quand un distributeur cherche à obtenir de son fournisseur un maximum de remises à inscrire sur la facture (la créativité des distributeurs en la matière était alors qualifiée de « facturologie ») afin d'abaisser le seuil de revente à perte et permettre ainsi *in fine* des prix d'appel attractifs pour sa clientèle. Une partie du coût de la guerre des prix entre distributeurs se trouve ainsi transférée en amont vers les fournisseurs.

Ce sont ces pratiques que la loi du 1er juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, dite loi Galland, va chercher à corriger, en poursuivant un double objectif : protéger les fournisseurs contre l'utilisation de la puissance d'achat des distributeurs et rééquilibrer la concurrence entre le petit commerce et les grandes surfaces. À cette fin, elle simplifie radicalement la définition du seuil de revente à perte en définissant le prix d'achat effectif comme le prix unitaire figurant sur la facture.

Pour autant, bien que plus favorable aux fournisseurs, cette loi ne parvient pas à modifier les rapports de force, et va générer d'autres dérives. Privés de l'arme du prix d'appel, les distributeurs

recherchent des avantages hors facture, conduisant au développement des fameuses « marges arrière » : coopération commerciale, référencement, présence dans les catalogues, implantation privilégiée en rayon, têtes de gondole, opérations promotionnelles, ristournes différées, etc. Si certaines de ces prestations sont réelles et économiquement justifiées, elles prennent une ampleur considérable, les marges arrière pouvant représenter jusqu'à 30 % ou 40 % du tarif facial, voire davantage selon les catégories de produits.

La mécanique devient alors perverse : les distributeurs réclament davantage de marges arrière ; les fournisseurs augmentent leurs tarifs afin de pouvoir les financer ; ces tarifs faciaux plus élevés servent de référence pour déterminer le seuil de revente à perte ; et les distributeurs ne peuvent donc répercuter dans leurs prix de vente une bonne partie des avantages économiques qu'ils ont pourtant obtenus. Cette dissociation réduit la concurrence sur les prix entre enseignes, au détriment du consommateur final.

"L'objectif est annoncé clairement : faire baisser rapidement les prix dans le cadre d'un mécanisme juridiquement praticable et économiquement acceptable par des acteurs aux intérêts profondément divergents."

Acte 2 : vers l'accord du 17 juin 2004

Au début des années 2000, le phénomène prend une dimension nouvelle en même temps qu'une tournure plus politique. Entre 2000 et 2003, les produits alimentaires ont augmenté de 10,8 %, soit un rythme presque deux fois supérieur à celui de l'indice général des prix. Le passage à l'euro a en outre nourri chez les consommateurs un sentiment de hausse encore plus forte, notamment pour les achats fréquents et les produits de grande consommation.

Entre-temps, la loi NRE du 15 mai 2001, puis la circulaire Dutreil du 16 mai 2003, ont tenté, par diverses mesures, de rééquilibrer les relations entre fournisseurs et distributeurs et de clarifier la définition des avantages commerciaux hors facture, mais sans remettre en cause la loi Galland ni modifier fondamentalement les dynamiques à l'œuvre.

On en est là lorsque, au printemps 2004, Nicolas Sarkozy devient ministre d'État, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie. Lors de sa première grande conférence de presse, le 4 mai, il inscrit la question des prix parmi ses priorités et annonce l'organisation d'une table ronde sur les prix et les marges dans la grande distribution.

Celle-ci se tient le 3 juin 2004 à Bercy. Autour de Nicolas Sarkozy et de Christian Jacob, ministre délégué aux PME, au Commerce, à l'Artisanat, aux Professions libérales et à la Consommation, sont notamment réunis : côté distributeurs, la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution (FCD), présidée par Jérôme Bédier, en présence de plusieurs dirigeants de grandes enseignes, dont Michel-Édouard Leclerc, Arnaud Mulliez (Auchan) et Daniel Bernard (Carrefour) ; côté fournisseurs, l'Association nationale des industries alimentaires (ANIA), présidée par Victor Scherrer (Jean-René Buisson lui succédera quelques jours plus tard et deviendra l'un des principaux protagonistes des discussions suivantes), les grandes marques représentées par l'ILEC (Institut de liaison des entreprises de produits de grande consommation), avec Louis-Claude Salomon et Dominique de Gramont, et les PME fournisseurs représentées notamment par la Fédération des Entreprises et Entrepreneurs de France (FEEF), présidée par Alain Rouleau ; ainsi que plusieurs associations de consommateurs.

Le monde agricole est également bien représenté, notamment par Jean-Michel Lemétayer, le médiatique président de la FNSEA (Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles). Car les produits agricoles posent un problème supplémentaire : le Gouvernement veut faire bénéficier le consommateur d'une baisse des prix lorsque les cours diminuent, mais il souhaite avant tout empêcher que cette baisse soit financée par une pression supplémentaire sur le revenu des agriculteurs, souvent les acteurs les moins puissants de la chaîne. Cette préoccupation restera constante

tout au long de la séquence et donnera lieu à des dispositions spécifiques pour les produits agricoles dans le texte du futur accord.

Au sein du cabinet du ministre, le dossier est suivi par Emmanuelle Mignon, issue du Conseil d'État, qui travaille aux versions successives du projet d'accord avant et après la réunion du 3 juin.

L'objectif est annoncé clairement : faire baisser rapidement les prix dans le cadre d'un mécanisme juridiquement praticable et économiquement acceptable par des acteurs aux intérêts profondément divergents.

La cible initialement visée est une baisse de 3 % des prix avant l'automne, puis de 2 % supplémentaires en 2005. Le ministre donne deux semaines aux professionnels pour parvenir à un accord, faute de quoi il engagera une réforme législative.

"Après deux semaines de négociations en coulisses, et des interventions directes du ministre auprès de certains patrons, un compromis est arraché dans la nuit du 17 juin 2004."

Lors du tour de table, tout le monde se déclare favorable à une baisse des prix, mais personne ne veut la financer : les distributeurs mettent en cause les tarifs des industriels ; les industriels expliquent que ces tarifs sont eux-mêmes gonflés par le financement des marges arrière ; les PME craignent que l'effort ne soit reporté sur elles ; les commerçants indépendants redoutent une guerre des prix ; les agriculteurs refusent que la baisse promise au consommateur se traduise par une pression supplémentaire sur leurs propres prix de vente.

Parmi les membres du Gouvernement, et au sein même de Bercy entre Nicolas Sarkozy et Christian Jacob, les sensibilités sont également différentes. Les deux ministres s'accordent sur la nécessité d'une intervention de l'État (ils feront d'ailleurs, chacun à sa manière, un usage intensif de la DGCCRF durant leur passage à Bercy), mais alors que Nicolas Sarkozy met l'accent sur le consommateur final et sur le pouvoir d'achat, Christian Jacob est davantage attentif à la protection des PME, du commerce indépendant et du revenu des agriculteurs.

Après deux semaines de négociations en coulisses, et des interventions directes du ministre auprès de certains patrons, un compromis est arraché dans la nuit du 17 juin 2004. Dans la matinée, les différentes parties se retrouvent à Bercy pour le signer.

L'accord prévoit notamment une baisse moyenne d'environ 2 % dès septembre 2004 sur les produits de grandes marques concernés ; une contribution partagée des industriels et des distributeurs à cet effort ; le gel puis la réduction des marges arrière; une modération des tarifs industriels ; la mise en place d'un suivi des prix (qui conduira quelque temps après la DGCCRF à mettre en place un « chariot-type » et à envoyer ses agents relever périodiquement les prix dans les grandes surfaces !) ; ainsi que la création d'une commission d'experts chargée de réfléchir à une réforme plus structurelle du système, dont la présidence sera confiée à Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation. Pour l'agriculture, le dispositif comporte des dispositions particulières.

Acte 3 : suites et postérité de l'accord

À l'automne 2004, les premiers résultats sont mesurés. La baisse des prix atteint environ 1,5 %, soit moins que l'objectif affiché de 2 %. L'effet global sur le pouvoir d'achat est plus faible, puisque l'accord ne porte que sur une partie du panier de consommation.

En revanche, la séquence de juin 2004 va permettre de faire évoluer la législation de manière décisive.

La commission présidée par Guy Canivet rend ses conclusions le 18 octobre 2004 et préconise de rapprocher progressivement le seuil de revente à perte du prix économique réellement payé par le distributeur, et donc d'intégrer au calcul du seuil les remises et autres avantages commerciaux relevant des marges arrière. Cette proposition sera mise en œuvre en plusieurs étapes, par la loi Dutreil du 2 août 2005, puis par la loi Chatel du 3 janvier 2008 qui permet de déduire du prix facturé l'ensemble des avantages financiers consentis par le fournisseur, selon la logique dite du « triple net », et enfin par la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008, qui accroît sensiblement

la négociabilité des conditions commerciales et des tarifs. Ces réformes successives mettent ainsi fin au mécanisme issu de la loi Galland, qui avait favorisé le développement des marges arrière et leur effet inflationniste sur les prix de vente aux consommateurs.

Ces évolutions législatives ne peuvent cependant modifier ni la concentration oligopolistique du secteur de la grande distribution, ni la situation de faiblesse de nombreux fournisseurs à l'égard de quelques centrales d'achat.

On retrouve donc, plus de vingt ans plus tard, les mêmes tensions dans les négociations commerciales, et les gouvernements successifs continuent de chercher simultanément à favoriser des prix compétitifs pour le consommateur, une concurrence réelle entre distributeurs, des relations commerciales équilibrées avec les industriels, et une rémunération suffisante des agriculteurs.

" L'État ne fixe pas juridiquement les prix, mais il définit un objectif, impose un calendrier, contrôle le résultat, tout en brandissant la menace de légiférer."

En 2004, pendant quelques semaines, en mettant les parties autour de la table et en obtenant qu'elles signent un accord de compromis, le volontarisme politique avait donné l'illusion que la conciliation de ces quatre objectifs était possible.

L'enseignement le plus durable de cet accord singulier est peut-être d'avoir révélé certaines des ambivalences à l'œuvre depuis l'ordonnance de 1986 :

- **Entre liberté des prix et intervention politique** : depuis 1986, le droit français proclame que les prix sont librement déterminés par le jeu de la concurrence, mais, en juin 2004, le ministre de l'Économie convoque les principaux acteurs du marché et leur indique publiquement de combien les prix doivent baisser. L'État ne fixe pas juridiquement les prix, mais il définit un objectif, impose un calendrier, contrôle le résultat, tout en brandissant la menace de légiférer.

- **Entre libre entreprise et intervention de l'État pour restaurer le jeu du marché** : en 1996 comme en 2004, le Gouvernement intervient dans le fonctionnement du marché parce qu'il estime que la réglementation empêche ce marché de fonctionner normalement. La loi Galland avait été adoptée pour corriger les excès de la puissance d'achat des distributeurs et avait fini par rigidifier les prix. Après l'été 2004, l'État intervient pour corriger ces effets pervers et rendre davantage de libertéaux acteurs.

- **Entre libre concurrence et entente sous l'égide de l'État** : en 2004, le ministre chargé de l'Économie et de la concurrence organise à Bercy une réunion des principaux industriels et distributeurs afin de discuter collectivement du niveau auquel leurs prix et leurs marges doivent évoluer. L'UFC-Que Choisir, qui avait refusé de signer l'accord du 17 juin, saisit dans la foulée le Conseil de la concurrence sur cette question. Dans son avis du 18 octobre 2004, le Conseil adopte une position prudente : il rappelle qu'une concertation collective portant sur les marges ou les conditions de prix est susceptible d'entrer dans le champ de la prohibition des ententes et que le patronage du Gouvernement ne met pas les entreprises à l'abri de sanctions. Il rappelle cependant qu'une entente peut bénéficier d'une exemption si elle produit un progrès économique réel et si les consommateurs en bénéficient suffisamment ; une réduction des marges arrière peut précisément avoir cet effet, et l'accord du 17 juin pourrait donc être compatible avec le droit de la concurrence si ses bénéfices économiques sont réels, nécessaires et suffisamment transmis au consommateur.

Le paradoxe ultime est ainsi que l'une des interventions les plus spectaculaires de l'État dans la formation des prix au début des années 2000 a finalement débouché sur une série de réformes visant à rendre davantage de liberté à la négociation et à la concurrence.

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

DGCCRF
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."

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



Nathalie Homobono

Directrice générale de la DGCCRF de 2009 à 2018
Présidente du conseil d'administration de l'Institut national de l'environnement industriel et des risques

Les premiers pas du déséquilibre significatif dans les relations commerciales

DGCCRF
Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

Autorité de la concurrence

Lors de mon arrivée à la tête de la DGCCRF en avril 2009, le sujet des relations commerciales était de ceux qui, pour n'être pas nouveaux, présentaient néanmoins un degré d'urgence particulièrement marqué.

L'année 2009 avait démarré dans un contexte généralisé de récession économique et de consommation atone, consécutif à la crise des « subprimes », auquel s'ajoutaient de vives tensions sociales en Guyane et dans les Antilles, avec plusieurs semaines de grève et de manifestations « contre la vie chère » et les niveaux de prix jugés excessifs des carburants[1] et des produits alimentaires de première nécessité.

Depuis la publication de l'ordonnance n°86-1243 du 1er décembre 1986, dont le titre IV s'intitulait *De la transparence et des pratiques restrictives*, l'encadrement juridique des relations commerciales avait fait l'objet de multiples modifications législatives[2]. La dernière en date – à la fois marquante et toute récente – figurait dans la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008, dont l'article 93 en particulier introduisait dans le code de commerce une notion englobante[3] empruntée au code de la consommation.

"L'ambition n'était pas uniquement d'agir rapidement, mais aussi de façon sécurisée, afin de ne pas fragiliser cette nouvelle « arme » dès ses premières utilisations. "

Les premières actions : aller vite, de manière visible et sécurisée

Comme le souligne l'exposé des motifs de la LME, l'objectif du Gouvernement était d'introduire davantage de concurrence dans les relations commerciales, dans l'intérêt du consommateur. Avec deux garde-fous : l'introduction - dans un « souci de simplification et d'effectivité » - de la notion de « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties »[4] ; un « renforcement des sanctions, afin de protéger les acteurs les plus vulnérables ».

Le ministre chargé de l'Économie et son administration, la DGCCRF, étaient spécialement « attendus ». Le secteur des produits de grande consommation (PGC) et singulièrement les acteurs des filières agricoles et alimentaires, depuis la production jusqu'à la vente au détail, exprimaient en effet une relative préoccupation pour certains et une vive impatience pour d'autres de voir rapidement et concrètement se mettre en œuvre cette réforme et d'en mesurer les effets.

Durant l'été, les équipes chargées de vérifier le respect du cadre juridique des relations commerciales, rebaptisées « brigades LME », ont été largement renforcées, passant de 80 à 120 personnes. Puis, au mois d'octobre 2009, le ministre chargé de l'Économie a déposé une série d'assignations visant neuf enseignes de la grande distribution alimentaire et non alimentaire[5], en demandant aux juridictions civiles et commerciales de considérer comme constitutives d'un déséquilibre significatif certaines clauses des contrats conclus depuis l'adoption de la LME et de prononcer des amendes civiles à l'encontre des enseignes correspondantes.

L'ambition n'était pas uniquement d'agir rapidement, mais aussi de façon sécurisée, afin de ne pas fragiliser cette nouvelle « arme » dès ses premières utilisations. Le dépôt de ces assignations avait en outre donné lieu à une vaste communication destinée à faire connaître le plus largement possible l'action déterminée du ministre dans le champ des relations commerciales.

Une « arme » très transversale et abondamment utilisée

Les années suivantes, le ministre est intervenu à de nombreuses reprises dans le secteur des PGC, avant d'étendre à d'autres secteurs son action en défense de l'ordre public économique.

Les évolutions des marchés se sont en effet multipliées entre 2009 et la fin de la décennie 2010, sous l'effet concomitant de ruptures technologiques et de l'arrivée de nouveaux acteurs, de nouveaux produits et de nouveaux modes de consommation, apportant à la fois des bénéfices pour les consommateurs et un besoin de faire respecter le cadre juridique français en matière de relations commerciales.

Le succès de l'iPhone, commercialisé à partir de 2008[6] et le déploiement en Europe d'Airbnb et d'Uber, respectivement créés aux États-Unis en 2008 et 2009, en sont quelques illustrations, de même que la montée en puissance d'acteurs plus anciens tels que Booking, Expedia, Google et Netflix, apparus à la fin des années 1990 et qui avaient changé de dimension en une petite dizaine d'années.

De leur côté, les enseignes de la grande distribution se livraient entre elles une bataille féroce[7] pour gagner des parts de marché, bataille qui a vu les « indépendants » prendre le pas sur les « intégrés » entre 2009 et 2020, notamment grâce à leur positionnement sur les prix bas[8]. Dans ce contexte, ces acteurs se montraient à la fois réticents à faire évoluer leurs clauses contractuelles et leurs pratiques, dans l'attente de jugements définitifs des litiges civils en cours, et innovants en matière de rédaction de nouvelles clauses, dont un certain nombre ont conduit à des actions du ministre.

"La vulnérabilité dans les relations commerciales ne se résume pas à une question de taille de l'entreprise victime."

Les assignations se sont donc poursuivies, permettant de constituer un socle de jurisprudence, abondamment commenté tant par le monde académique que par les avocats spécialisés : conformité à la Constitution de la notion de « déséquilibre significatif », caractère intrinsèquement déséquilibré de certaines clauses contractuelles, déséquilibre global du contrat, compétence territoriale des juges français, loi de police[9]…

Quel bilan esquisser au regard des objectifs de la LME et de l'ordonnance de 1986 ?

À la lumière de la première décennie de sa mise en œuvre et de la jurisprudence qui en a résulté, il est permis d'affirmer que le « déséquilibre significatif », comme « arme » conçue pour lutter contre les abus dans les relations commerciales, a répondu à l'objectif de simplicité et d'effectivité. Du moins pour le gardien de l'ordre public économique qu'est le ministre chargé de l'Économie, avec l'appui de la DGCCRF. Le caractère très transversal et englobant de cette notion, désormais présente également dans le code civil, y a contribué.

La définition de ce qu'étaient « les acteurs les plus vulnérables », que la loi entendait protéger au moyen d'un renforcement des sanctions, a donné lieu à davantage de débats. Contrairement à la position défendue par certains, la vulnérabilité dans les relations commerciales ne se résume pas à une question de taille de l'entreprise victime. C'est la position qu'a toujours tenue le Ministre et la jurisprudence a clarifié le sujet en imposant la démonstration au cas par cas de la situation de soumission de l'un des co-contractants vis-à-vis de l'autre.

Dans les assignations du Ministre visant Apple en 2014, en raison des conditions imposées à Bouygues Telecom, Orange, SFR ou Free, pour la distribution de l'iPhone, le juge a affirmé que le déséquilibre significatif pouvait être caractérisé même lorsque la victime est un opérateur économiquement important[10]. Dans le secteur des PGC, le juge a estimé que les industriels de toutes tailles[11] pouvaient se trouver dans un rapport de force déséquilibré face aux principales enseignes de la grande distribution, chacune d'elles déterminant l'accès à une partie significative des consommateurs[12]. C'est le même raisonnement qui a été tenu s'agissant des conditions imposées par Booking ou Expedia aux opérateurs du secteur de l'hôtellerie, ces derniers ne pouvant se priver de la visibilité à l'international fournie par ces plateformes.

Les assignations - en nombre - n'ont pas été la seule arme que la DGCCRF a utilisée pour lutter contre les pratiques restrictives de concurrence. Avec une efficacité très variable, bien que réelle dans quelques cas, lorsque les auteurs de pratiques abusives ont privilégié la discrétion, la mise en place d'engagements vérifiables, et vérifiés, a permis de rétablir de manière plus rapide des relations commerciales dégradées par des pratiques abusives et de restituer aux industriels qui en avaient été victimes le montant d'avantages financiers indus.

Ce bilan positif est à porter au crédit des équipes de la DGCCRF, grâce à leurs compétences en matière juridique et économique, leur expertise en matière d'enquête, et leur engagement au service de la protection des consommateurs et des marchés.

*
* *

De nouveaux enjeux sont apparus depuis 2018, qui ont donné lieu à des évolutions du cadre juridique relatif à la transparence des relations commerciales et aux pratiques restrictives de concurrence. Aujourd'hui, les problématiques des prix des carburants et de la vie chère sont toujours prégnantes ; d'autres défis émergent. Alors que la grande distribution s'est organisée en créant des centrales d'achat à l'étranger couvrant plusieurs pays dont la France, que les problématiques économiques ont une dimension de plus en plus européenne, l'un de ces défis est d'aboutir à une vision et à un cadre consolidé à l'échelle communautaire. La régulation et la protection de l'ordre public économique demeurent en effet une mission importante de l'État.

1 Dans les départements français d'Amérique, les prix des carburants étaient réglementés.
2 « Loi Galland » du 1er juillet 1996, loi sur les nouvelles régulations économiques (NRE) du 15 mai 2001, « loi Dutreil » du 2 août 2005, « loi Chatel » du 3 janvier 2008.
3 Rompant ainsi avec la méthode de la liste de pratiques interdites, *de facto* facilement contournables.
4 En lieu et place des notions « d'abus de la relation de dépendance » et de « puissance d'achat ou de vente ».
5 Ces premières assignations sont plus connues sous le vocable d'« assignations Novelli ».
6 Rupture majeure dans le secteur des téléphones mobiles, intelligents ou non.
7 Connue sous la dénomination de « guerre des prix ».
8 D'autres éléments ont contribué à ce résultat : une plus grande agilité commerciale, un positionnement plus rapide des « indépendants » sur le « drive », ainsi que l'essoufflement des modèles de « hard-discount » et de l'hypermarché généraliste.
9 L'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce a été reconnu par la jurisprudence comme loi de police.
10 L'analyse du tribunal a reposé à la fois sur le contenu des clauses contractuelles et sur la réalité du rapport de force économique entre les parties.
11 Y compris des entreprises multinationales.
12 Dans le secteur des PGC, chacune des cinq principales enseignes détenait plus de 10 % du marché des PGC, les trois premières concentrant près des deux tiers du marché et les sept premières plus de 90 %.

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



Patrick Hubert

Rapporteur général du Conseil de la concurrence de 1999 à 2002
Avocat et président de la Commission concurrence d'ICC France

Une étape importante dans l'histoire du contrôle des concentrations : l'avis Carrefour/Promodès du 3 mai 2000

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

Autorité de la concurrence

L'époque est lointaine : pas de notification obligatoire des concentrations mais autosaisine possible du ministre de l'Économie, compétence du Conseil de la concurrence pour donner au ministre un avis non-liant et seulement s'il était demandé, pas de service des concentrations organisé au sein du Conseil et une expérience limitée, ce dernier ne rendant de tels avis que trois ou quatre fois l'an. Mais l'avis rendu le 3 mai 2000 sur une concentration majeure entre deux géants de la distribution alimentaire (Carrefour et Promodès) a marqué son temps et ouvert la voie à une histoire qui s'écrit encore. Ce qui suit repose sur les souvenirs de l'auteur (Rapporteur général du Conseil à ce moment-là) et sur l'exploitation de l'avis et de son contexte.

L'arrivée d'une telle demande d'avis avait provoqué une certaine panique car l'opération était considérable : 99 zones de chalandise étaient soumises à l'examen du Conseil, dont 68 allaient finalement nécessiter une analyse approfondie. Elle était d'ailleurs de dimension européenne, la France ne l'examinant que sur la base d'un renvoi de la Commission européenne. Les délais étaient imposés (six mois, les demandes d'avis s'apparentant à ce qu'on appelle aujourd'hui une phase II). Faute de service spécialisé, il fallait interrompre l'instruction de dossiers ordinaires pour libérer des rapporteurs dont l'expérience en matière de concentration était nécessairement limitée.

"L'avis rendu le 3 mai 2000 sur une concentration majeure entre deux géants de la distribution alimentaire (Carrefour et Promodès) a marqué son temps et ouvert la voie à une histoire qui s'écrit encore."

Le contrôle des concentrations existait depuis déjà 23 ans en France puisque, dès 1977, le ministre de l'Économie fut doté du pouvoir d'interdire une concentration ou d'imposer des conditions, sans notification obligatoire ni nécessité pour les parties d'attendre une éventuelle décision ; le contrôle européen (communautaire comme on disait à l'époque) ne serait institué que douze ans plus tard, en 1989. En 1986, par l'ordonnance dont ce recueil célèbre le quarantième anniversaire, donc toujours avant la mise en place de ce contrôle européen, la nouvelle autorité indépendante française (le Conseil de la concurrence) se voyait chargée de formuler des avis sur demande du ministre dans les cas les plus lourds.

À partir de 1990, le contrôle français a cohabité avec le nouveau contrôle européen, le partage des rôles étant fondé sur des seuils de chiffres d'affaires, assoupli par des procédures mutuelles de renvoi, selon le système qui est toujours en vigueur. Entre 1990 et 1999, plusieurs fois, déjà, sur le fondement de l'article 9 du règlement européen alors en vigueur, la Commission avait renvoyé l'examen d'une concentration à la France. Dans l'affaire *Carrefour/Promodès*, le renvoi était partiel : la Commission avait conservé la main sur les marchés amont d'approvisionnement et ce n'étaient donc que les questions aval, soit l'éventuelle concentration excessive des zones de chalandise autour des magasins, qui devaient être examinées par la France, et ainsi par le Conseil.

Toutefois, le renvoi ne produisait pas que des effets procéduraux ; il avait un impact sur le fond car, à cette période, la Commission ne pouvait examiner les concentrations qu'au regard d'un seul risque : celui de la création ou de l'aggravation d'une position dominante. Les effets coordonnés (la possibilité de hausses de prix sans collusion, ou entente tacite, résultant de la diminution du nombre des acteurs dans un marché transparent) lui échappaient. En revanche, la rédaction plus souple de l'ordonnance de 1986 permettait au Conseil d'examiner les effets de la concentration sur les zones de chalandise même dans les cas où aucune position dominante n'était créée ni aggravée.

C'est ce qu'il a fait, en examinant, par exemple, les zones de chalandise où ne subsisteraient que deux enseignes nationales de même format : il y voyait un risque d'entente tacite, même sans dominance. Cette approche a eu une postérité contrastée : en général, la pratique ultérieure relative aux concentrations dans la distribution n'a guère retenu que les risques unilatéraux, mais elle est restée sensible à la question du nombre d'enseignes par zone, même en l'absence de position dominante.

L'important, évidemment, était l'idée que l'effet d'une concentration dans la distribution devait s'apprécier par zone de chalandise. Cette approche était déjà devenue canonique, après la décision séminale de

la Commission rendue le 13 juillet 1992 dans l'affaire *Promodès/BRMC* (M.241) qui avait fixé la méthode : la zone de chalandise d'un magasin correspond à l'aire centrée sur le magasin à l'intérieur de laquelle le temps de transport est inférieur à une certaine limite (10 à 20 minutes en voiture). Dans des décisions ultérieures, la Commission a pu faire varier cette limite ou même considérer que la superposition des zones créait un marché local recouvrant de façon continue une région ou un pays (voir Rewe/Meinl, M.1221).

Dans son avis *Carrefour/Promodès*, le Conseil a retenu deux types de zones de chalandise : autour des hypermarchés (30 minutes en voiture) et autour des supermarchés (15 minutes en voiture, mais avec une potentielle variation selon la taille du magasin) sachant que, dans ce dernier cas, les hypermarchés et les discounteurs sont aussi comptés comme concurrents dans la zone. Cette approche est demeurée au centre de l'analyse des concentrations jusqu'à ce jour, même si elle a pu devenir plus sophistiquée (par exemple par la prise en compte du commerce en ligne ou la méthode des 80 % de clients résidant dans la zone, utilisée dans d'autres formes de distribution).

L'un des « chocs » subis par le Conseil lors de cette procédure fut la production par la partie notifiante d'une analyse économétrique tendant à démontrer que, dans les zones fortement urbanisées, il n'existerait qu'un seul marché local géant du fait de la superposition partielle et continue des zones de chalandise. Le Conseil ne disposait en effet pas de « chief economist » et se trouvait donc dans une situation de dissymétrie intellectuelle vis-à-vis de la partie notifiante ; il s'est toutefois appliqué à étudier le sujet en portant sur l'étude un jugement théorique (il ne s'agissait que d'une régression statique alors que le contrôle des concentrations appelait une approche dynamique) mais également en lui opposant des données empiriques, tirées notamment des dossiers déposés devant les commissions départementales d'urbanisme commercial. Cette affaire, parmi d'autres, a persuadé le Conseil de la nécessité de recruter des économistes, puis finalement de se doter d'un véritable service économique capable d'échanger d'égal à égal avec les économistes assistant les parties.

Une fois les zones de chalandise définies, il fallait déterminer les concurrents qui s'y trouvaient et porter un jugement sur la structure du marché telle que modifiée par la concentration.

L'une des questions qui se posait était celle des franchisés ou affiliés, particulièrement importante en France compte tenu de la structure de certains réseaux. Elle était loin d'être évidente puisque la notion d'entreprise est au cœur du droit de la concurrence : un franchisé, contrôlé souvent par un particulier, n'est pas contrôlé par la holding des grands groupes de distribution et, en général, ne doit donc pas être considéré comme faisant partie de la même entreprise. Pour autant, les franchisés et affiliés des grands réseaux ont généralement une politique commerciale identique à celle appliquée dans les magasins détenus en propre. Le Conseil avait déjà rencontré ce problème deux ans avant lorsque le ministre l'avait consulté sur le rapprochement entre les enseignes Casino et Franprix-Leader Price. Il l'avait traité d'une façon à la fois pragmatique (il fallait tenir compte de l'identité des politiques commerciales, pas du « contrôle » au sens du droit des concentrations) et un peu théorique en considérant que les franchisés devaient, pour l'analyse concurrentielle, être rattachés au groupe du franchiseur tandis que les affiliés pouvaient être considérés comme des concurrents indépendants.

Dans l'affaire *Carrefour/Promodès*, le Conseil a décidé d'aller plus loin et de regarder précisément ce que contenaient les contrats liant les indépendants à leur tête de réseau, en termes de contraintes commerciales, ce qui l'a conduit à rattacher au groupe de tête les affiliés soumis à des contraintes contractuelles fortes. Plus encore, les engagements pris par Carrefour dans cette affaire ont pu inclure, au-delà de la cession de certains magasins détenus en propre, la résiliation de contrats avec des franchisés. C'est cette approche pragmatique qui a prospéré par la suite (voir Carrefour/Dia, ADLC n° 14-DCC-173).

D'autres éléments de l'analyse sont intéressants et porteurs d'avenir : la prise en compte des obstacles géographiques pour nuancer le caractère très mathématique de la notion de zone de chalandise ; l'allusion ponctuelle à de nouveaux projets de magasins qui n'étaient pas encore ouverts.

Le Conseil a ensuite examiné les zones de chalandise en s'appuyant de façon marquée sur les indices HHI[1],

ce qui marquait un souci de sérieux dans la quantification, tout en pouvant être réalisé sans économistes. Le Conseil a retenu que, pour des raisons de position dominante ou de risque d'entente tacite, 27 zones présentaient des risques d'atteinte à la concurrence, soit 27 % du total des zones concernées par la concentration. Formellement, aux termes de l'ordonnance, tout ce qui précède ne relevait pas de la compétence du Conseil et aurait dû être traité par le ministre car le rôle de l'autorité indépendante était plus limité : examiner si les atteintes à la concurrence pouvaient être justifiées par le progrès économique, ce que l'on appellerait aujourd'hui les « efficiences », résultant de la concentration.

Mais l'habitude s'était prise, lorsque le ministre sollicitait le Conseil, de ne pas lui indiquer quelles étaient les atteintes à la concurrence et de le laisser les déterminer lui-même. Toutefois, une fois ce travail préparatoire accompli, qu'elles aient été invoquées ou non, le Conseil devait examiner s'il y avait des efficiences de nature à compenser les atteintes à la concurrence. En l'espèce, il l'a fait mais, faute d'efficiences alléguées, il n'a pas cru devoir exposer un long raisonnement et s'est contenté de dire qu'il n'était ni établi ni allégué que les atteintes à la concurrence puissent être compensées par une contribution au progrès économique.

"Au bout du compte, l'analyse lourde à laquelle s'est livré le Conseil a montré que cette autorité indépendante était crédible en matière de contrôle des concentrations."

Là s'arrêtait, à l'époque, la compétence de l'autorité indépendante : il ne lui revenait pas de négocier d'éventuels engagements avec la partie notifiante et encore moins de les rendre obligatoires. Quelque peu épuisé par cet énorme travail, et soucieux de reprendre l'instruction des autres dossiers qui avaient tendance à s'accumuler, le Conseil a simplement rendu son avis au ministre, même s'il était évident qu'avec 27 % des zones de chalandise présentant des problèmes qu'aucune efficience ne venait compenser, pourcentage relativement élevé, le pouvoir exécutif était fortement invité à imposer des engagements.

Il est donc intéressant de se pencher sur ce qu'a fait ensuite le ministre, dont le projet de décision était préparé par un bureau spécialisé de la DGCCRF, mais qu'il pouvait modifier à son gré. Une certaine rivalité existait entre la DGCCRF et le Conseil (dont le présent article, l'auteur en est conscient, pourrait conserver quelques traits atténués). Elle se manifeste ici par le fait que, même si la décision finale ne s'éloigne pas massivement de l'avis, elle ne reprend pas toujours ses méthodes (la décision ministérielle, par exemple, ne mentionne à aucun moment les indices HHI). L'approche ministérielle tend à diminuer légèrement le nombre de zones problématiques, par exemple elle considère que la Seine est un obstacle qui, en séparant deux hypermarchés voisins, ne les rend pas concurrents, ce qui évite d'ajouter leurs parts de marché, nonobstant les ponts.

Si, globalement, l'avis et la décision aboutissent à des résultats voisins, les différences peuvent être, dans le détail, significatives : dans la zone de Quintin–Saint-Brandan où le Conseil voyait la création d'un monopole, le ministre considère… qu'il n'y a pas d'atteinte à la concurrence. Dans la zone de Lyon, où le Conseil voyait une atteinte à la concurrence résultant d'une part de marché des parties à la concentration de 59 % après l'opération, le ministre ne voit pas d'atteinte (pour autant, dit-il curieusement, que Carrefour ne se développe plus dans la zone, ce qui tend plutôt à lui demander de s'installer dans une position de rente sans plus investir). De même, la part de marché de 93 % calculée par le Conseil dans la zone de Saint-Germain-Chambourcy ne crée pas de problème de concurrence pour le ministre car les magasins des parties sont « tournés » chacun vers une rive de la Seine. On peut également relever que, dans certaines zones, le ministre aboutit au même résultat que le Conseil mais après avoir défini différemment les limites ou analysé différemment la situation concurrentielle.

Le ministre a ensuite imposé des engagements de cession de magasins intégrés et de résiliation de contrats de franchises, obligeant Carrefour à se séparer de 34 magasins au total sur 25 zones, complétés par un gel des surfaces dans ces zones pendant trois ans (ainsi que, étonnamment, sur les zones pour lesquelles il s'est écarté de l'avis du Conseil).

Au bout du compte, l'analyse lourde à laquelle s'est livré le Conseil a montré que cette autorité indépendante était crédible en matière de contrôle des concentrations. Elle a toutefois révélé que son organisation était insuffisante, notamment en raison de l'absence d'économistes et de service spécialisé, ce qui aboutissait à perturber la, déjà lente, instruction des dossiers d'entente et d'abus de dominance pour traiter dans les délais les concentrations. Comme exposé précédemment, cet avis a contribué à la maturation du contrôle des concentrations dans la distribution, avec des apports méthodologiques qui ont perduré, tout en s'enrichissant de la pratique postérieure.

Enfin, sans être dramatiques, les frottements dus à l'intervention de deux autorités (doublons de compétence, réécriture par le ministre, divergences d'analyse et de résultats) pouvaient faire douter les observateurs de la légitimité des deux analyses et appelaient visiblement une simplification, qui est finalement intervenue en 2009, lorsqu'une pleine compétence en matière de concentration a été conférée à la nouvelle Autorité de la concurrence.

1 L'indice de Herfindahl-Hirschman ou HHI est la somme des carrés des parts de marché exprimées en pourcentage. Il est par exemple de 10000 dans le cas d'un monopole. Il est utilisé en regardant son niveau après la concentration (la situation appelle l'attention lorsque l'indice dépasse environ 2000) et en examinant son augmentation due à la concentration (une augmentation de plus de 200 environ demande l'attention).

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



Bruno Lasserre

Président du Conseil de la concurrence de 2004 à 2009, puis de l'Autorité de la concurrence de 2009 à 2016
Vice-président du Conseil d'État de 2018 à 2022
Président de la Commission d'accès aux documents administratifs

1986-2026. D'une singularité française à une autre, à laquelle il ne faudrait surtout pas renoncer…

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

Autorité de la concurrence

Lorsque l'ordonnance du 1er décembre 1986, dont nous fêtons le quarantième anniversaire, a créé le Conseil de la concurrence à partir de l'institution qui l'avait précédée, la Commission de la concurrence, dont l'indépendance et les pouvoirs ont été renforcés, bien peu d'autres pays disposaient d'une autorité comparable. En Europe, seuls l'Allemagne, avec le *Bundeskartellamt* dont l'origine remonte à 1958, et le Royaume-Uni, avec la *Monopolies and Restrictive practices Commission* mise en place en 1949 dont une partie des pouvoirs seront repris par l'*Office of Fair Trading* qui voit le jour en 1973, étaient dans ce cas. Sans mentionner bien sûr la Commission européenne, qui, comme on le sait, tient directement du Traité de Rome (1957) ses pouvoirs en matière de lutte contre les ententes et les abus de position dominante.

Quarante ans après, cette singularité - et il faut s'en réjouir - a disparu : tous les pays européens disposent d'une autorité nationale de concurrence, dont le statut et l'indépendance mais aussi les pouvoirs sont d'ailleurs garantis, dans les États membres de l'Union européenne, par les deux textes successifs adoptés en 2002 (le règlement 1/2003) et en 2018 (la directive ECN+). Ce mouvement ne s'est pas fait en une fois et il serait trop long de détailler toutes les étapes qui ont conduit , dans chacun des pays concernés, au perfectionnement des institutions en charge de la concurrence qui ont vu leur indépendance mieux définie et mieux garantie, leurs pouvoirs élargis à tous les instruments de la politique de la concurrence (y compris dans certains pays d'Europe orientale, la surveillance des aides d'État à laquelle est associée l'autorité nationale), leurs méthodes et leurs procédures en grande partie harmonisées. Les noms des autorités ont eux-mêmes évolué, traduisant ces changements de fond, comme l'illustre le cas français avec la transformation du Conseil en Autorité : au point que, si l'on met de côté l'océan de stabilité que représente l'Allemagne dans laquelle la douzaine d'amendements apportés à la loi sur les restrictions de concurrence (GWB) n'a pas remis en cause la « *marque institutionnelle* » acquise par le BKA, il n'est pas toujours facile de suivre la « *généalogie* » des autorités de concurrence en Europe.

"La France est un des rares exemples […] dans lesquels l'autorité qui a été créée à l'origine pour protéger la concurrence […] est restée une "pure" autorité de la concurrence."

Et pourtant… A regarder de plus près le paysage européen des autorités de la concurrence, une autre singularité, peut-être moins visible, caractérise aujourd'hui le cas français. Dans cet ensemble de 28 pays, en incluant le Royaume-Uni, la France est un des rares exemples, avec la Belgique, la Grèce et le Portugal, dans lesquels l'autorité qui a été créée à l'origine pour protéger la concurrence et s'est enrichie au fil du temps de nouveaux pouvoirs ou de nouveaux outils pour veiller précisément au fonctionnement concurrentiel des marchés est restée une « *pure* » autorité de la concurrence, alors que partout ailleurs les institutions qui avaient été conçues pour réaliser le même objectif ont été transformées en « *régulateurs des rapports économiques* », voire pour certaines d'entre elles en régulateurs de pans entiers de l'économie.

Essayons de décrire en quelques lignes cette évolution qui n'a fait que s'amplifier au fur et à mesure des années.

Le premier pas a été de confier aux autorités de la concurrence, au nom de l'économie de moyens et de la proximité des causes à défendre, la poursuite des pratiques commerciales déloyales, souvent en lien avec les juridictions civiles ou commerciales. Les exemples sont nombreux en ce sens, que ce soit dans les pays de l'ex Europe de l'Est dans lesquels la conversion au marché reste relativement récente (pays baltes, Slovénie, Pologne, Hongrie, etc.), dans ceux dans lesquels un accord politique s'est fait sur l'intérêt de ce regroupement (Suède, Autriche) ou même dans le camp des fondateurs historiques, comme l'Italie, pays dans lequel l'AGCM porte le nom significatif de « *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* ».

Le deuxième pas, encore plus important, a consisté à regrouper dans les mêmes mains - celles de l'autorité de la concurrence - les compétences en matière de concurrence et de protection des consommateurs. En 1986, le Royaume-Uni était le seul pays à connaître une telle organisation avec

l'*Office of Fair Trading*, dont le portefeuille reste, en gros, celui dévolu aujourd'hui à la CMA (*Competition and Markets Authority* : ces mots, comme en Italie, ne doivent rien au hasard). Force est de reconnaître qu'en 2026 ce qui apparaissait comme singulier il y a 40 ans est devenu un modèle très répandu : l'Allemagne, le Danemark, l'Italie, la Finlande, l'Irlande, Malte, les Pays-Bas, la Pologne ont fait par exemple ce choix.

De la protection des consommateurs à la mise en œuvre de certaines législations économiques qui veillent à l'équilibre entre producteurs et distributeurs - notamment au sein de la chaîne agro-alimentaire - ou entre clients et fournisseurs - sur le sujet par exemple des délais de paiement - , le pas a été relativement facile à franchir : significative est l'évolution qui a désigné dans certains pays l'autorité de la concurrence pour prendre en charge tout ou partie de ces problématiques (Luxembourg, Pologne par exemple). Dans le même esprit, l'on peut citer les cas, pas si rares, dans lesquels l'autorité de la concurrence a reçu la charge de veiller, dans l'intérêt des entités publiques ou plus généralement au nom de la protection de la transparence et de l'intégrité de ces procédures, au respect des exigences attendues en matière de commande publique ou d'attribution des concessions (Bulgarie, Danemark, République tchèque, Finlande par exemple).

Encore plus spectaculaire a été - et je parle là de réformes qui, adoptées en 2013, ont suscité un intense débat dans la famille européenne de la concurrence - la décision de regrouper sous un même toit la protection de la concurrence et la régulation sectorielle de pans entiers de l'économie nationale. Et pas des moindres : c'est ainsi que la CNMC espagnole (*Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* : il est intéressant de noter que les marchés passent devant la concurrence dans le nom de l'institution) a absorbé la régulation de l'énergie, des communications électroniques, de l'audiovisuel, des transports et des services postaux ou que l'ACM néerlandaise (*Autoriteit Consument & Markt* : le mot concurrence a disparu de l'intitulé) s'est vu assigner une fonction quasi-identique (sans l'audiovisuel mais avec la santé). Ces deux transformations ont provoqué tellement de bruit qu'elles ont fait oublier le cas, plus discret, de pays dans lesquels cet ajout s'est fait de manière beaucoup plus limitée : mais il est intéressant de noter les exemples de régulation sectorielle entrée dans le périmètre d'autorités de la concurrence comme celles du Danemark (l'eau), l'Autriche (la régulation des fournisseurs d'énergie dominants) ou les nouvelles prérogatives, qui - comme le *Digital Markets Act* (DMA) européen - relèvent à mon avis plus de la régulation que de la concurrence, confiées aux autorités de la concurrence d'Allemagne ou du Luxembourg à l'égard de certains acteurs numériques et en particulier les plateformes en ligne.

Soyons francs. Si la France est restée à l'écart de ce mouvement de « *concentration horizontale* » dans le design institutionnel de la concurrence, en préférant poursuivre le cap de l'« *intégration verticale* » qui visait à donner la plénitude des compétences concurrentielles à son autorité, les tentations d'emprunter le premier chemin n'ont pas manqué. Soit qu'elles viennent du pouvoir politique, qu'il s'agisse du gouvernement ou d'initiatives parlementaires, soit qu'elles aient résulté de pas de côté faits par l'Autorité elle-même, qui a pu s'aventurer parfois, sans toujours en mesurer les conséquences, sur un tracé qui ressemblait plus à une piste régulatoire qu'à la ligne droite de la « *pure* » concurrence. Je pense, sur le premier point, aux suites d'avis ou d'enquêtes sectorielles qui ont marqué l'opinion ou intéressé les politiques, au point de suggérer fortement que l'Autorité prenne en charge, de manière pérenne, la régulation des sujets sur lesquels elle avait fait des propositions fortes : le transport par autocar, les concessions autoroutières, les professions juridiques réglementées en sont de bons exemples. La fusion avec la DGCCRF, l'absorption de certains régulateurs sectoriels, l'utilisation du pouvoir de sanction de l'Autorité de la concurrence pour venir à bout de comportements jugés problématiques, sur des sujets aussi variés que les délais de paiement, les centrales d'achat dans la grande distribution ou les accords agricoles, sans oublier le rôle des plateformes numériques, ont fait l'objet de discussions à l'occasion de débats ou d'auditions parlementaires ou ont été envisagés dans des propositions de loi ou d'amendements issues de réflexions collectives, ou plus individuelles, à l'Assemblée nationale ou au Sénat. Sur le deuxième point, il est clair que la négociation d'engagements comportementaux par l'Autorité de la concurrence, pour clore une procédure contentieuse ou autoriser une concentration, engagements dont elle devait en toute logique assurer la surveillance elle-même, a pu entraîner celle-ci dans un exercice qui relevait plus de la régulation sectorielle que de la « *pure* » concurrence au point parfois d'attendre d'elle qu'elle soit l'arbitre du partage de la valeur entre acteurs économiques : la question des droits voisins et de leur rémunération demandée par la presse aux plateformes numériques, venue devant l'Autorité de la concurrence, illustre bien cette tension.

Mais il faut reconnaître que si ces tentations ou ces suggestions ont existé, sans jamais déboucher sur des transformations concrètes du rôle de l'Autorité de la concurrence, à l'image des réformes menées dans d'autres pays européens, elles n'ont jamais été encouragées ou défendues par l'Autorité elle-même. Les débats ouverts au sein de la Commission pour la libération de la croissance française (la « *Commission Attali* ») en 2007, dont on sait qu'elle a été le creuset dans lequel a été pensée la transformation du Conseil en Autorité de la concurrence, n'ont pas une fois porté sur ces sujets. Et l'Autorité a constamment plaidé, avec sagesse et - je le crois - pertinence, pour renvoyer aux régulateurs sectoriels existants ou à créer la prise en charge d'arbitrages ou de décisions qui ne relevaient pas à strictement parler de la simple protection de la concurrence : c'est ce qu'elle a fait pour le transport par autocar, les concessions autoroutières ou l'attribution des « slots » aéroportuaires, en plaidant pour la mise en place d'un régulateur multimodal des transports qui a vu le jour avec la création de l'Autorité de régulation des transports (ART) ; c'est également la position qu'elle a prise à l'occasion de la réforme des professions réglementées du droit opérée par la loi de modernisation de l'économie en 2015 dans laquelle elle n'a pas réclamé plus - disons-le avec l'appui implicite des professionnels concernés quelque peu effrayés par l'irruption de l'Autorité dans la relation sereine qu'ils entretenaient avec la Chancellerie… - qu'un pouvoir d'avis sur la principale variable de la régulation de l'offre que sont le nombre d'offices et leur répartition. Et quand lui est revenu le rôle d'éclairer le gouvernement ou la Commission européenne sur la question de savoir si, au vu du développement de la concurrence dans le secteur, une régulation ex ante apparaissait encore nécessaire (le cas des communications électroniques, dans lequel le lancement ou le maintien d'un cycle de régulation est soumis en vertu des textes à l'avis de l'Autorité de la concurrence en est un bon exemple), on a plutôt reproché à celle-ci non de plaider pour une banalisation du secteur sous sa seule surveillance, mais de montrer au contraire trop de tolérance à l'égard des volontés interventionnistes imputées au régulateur sectoriel qu'est l'ARCEP…

Cela signifie t-il que la quasi-singularité française qui vient d'être mise en lumière autour du maintien d'une « *pure* » autorité de la concurrence est, en 2026, solidement établie ? Cela veut-il dire que le consensus, implicite ou explicite, qui a présidé à ce choix en 1986 et n'a pas été remis en cause dans les quarante ans qui ont suivi, est un acquis sur lequel il sera difficile de revenir dans les prochaines années ?

Ce serait aller vite en besogne et sans doute faire preuve d'irénisme que de répondre par l'affirmative à ces deux questions. Et ceci pour trois séries de raisons.

La première est que l'on peut probablement attendre du gouvernement, quel qu'il soit, issu des élections de 2027, des initiatives visant à « *rationaliser* » le paysage jugé aujourd'hui trop foisonnant, coûteux et complexe des autorités administratives indépendantes (AAI). Ces projets, comme l'ont montré le rapport Mézard en novembre 2015 (« Un État dans l'État : canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler ») et la loi qu'il a inspirée en janvier 2017, pourront s'appuyer sur un fort soutien parlementaire à l'idée, dix ans après cette première ambition, d'un nouvel exercice de réduction du nombre des AAI et d'un regroupement de compétences jugées aujourd'hui trop dispersées : la simplification, les économies budgétaires seront les maîtres mots d'un appel d'autant plus facile à mobiliser que la pression sera forte sur ces deux exigences.

La deuxième raison est que cet objectif de « *rationalisation* » risque d'être promu avec d'autant plus de vigueur que se développe une méfiance à l'égard des AAI, qui n'épargne pas non plus les juges, au nom d'une souveraineté du peuple que menaceraient les pouvoirs confiés à des collèges de technocrates non élus et donc non légitimes : il faut méditer, de ce point de vue-là, l'exemple des États-Unis mais aussi de pays plus proches de nous et se poser la question de savoir si les barrières

de protection que constituent aujourd'hui les règlements ou les directives de l'Union européenne garantissant l'indépendance mais aussi l'autonomie de moyens des autorités de concurrence ou de régulation résisteront à ces assauts.

La troisième et dernière raison est que, dans la culture politique française qui reste – il faut l'admettre – peu libérale en économie et donne parfois le sentiment que le passage de l'économie administrée à l'économie de marché qui était toute l'ambition des auteurs de l'ordonnance du 1er décembre 1986 suscite malgré l'écoulement du temps une confiance bien fragile de la part de ceux qui sont supposés en bénéficier, la protection du consommateur et la régulation sectorielle ont et auront plusieurs avantages comparatifs sur le recours à la concurrence : le politique peut avoir la main ; il est possible de se mettre autour d'une table avec les acteurs les plus influents pour discuter de ce que l'on veut faire ; les résultats peuvent être rapides et facilement mesurables.

Je fais confiance à l'Autorité de la concurrence pour développer, face à toutes ces perspectives encore incertaines, une vision claire et ordonnée de son propre avenir. Elle a de nombreux atouts : son insertion réussie dans le paysage institutionnel français, la reconnaissance de son succès au sein du Réseau européen de la concurrence (REC), la confiance que place en elle la Commission européenne, un rapport coût/efficacité qui peut avantageusement être comparé avec celui de ses principaux homologues dans les économies développées, un pouvoir de sanction très dissuasif qu'elle n'a pas hésité à utiliser, des mesures conservatoires – une spécificité française dont on ne soulignera jamais assez l'importance – pour prendre des mesures fortes dans le temps économique, son expertise des marchés numériques, des enquêtes sectorielles qui ont investi des sujets proches de la vie quotidienne des Français et de leurs préoccupations en matière de pouvoir d'achat. Tout cela compte, à la condition bien sûr que, dans la « *nouvelle revue* » des AAI à laquelle il faut probablement se préparer, la raison l'emporte sur les symboles ou les velléités plus politiciennes.

Pour ma part, puisqu'il est temps maintenant de conclure cette contribution personnelle à la réflexion collective que suscite le 40ème anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et qui fait resurgir les souvenirs de la célébration, à la Cour de cassation le 1er décembre 2006, des 20 ans de l'ordonnance organisée par le Comité des jeunes de l'AFEC au cours de laquelle avaient été justement débattues les perspectives d'évolution, possibles ou souhaitables, des institutions en charge de la concurrence (1), je souhaiterais partager trois convictions[1].

La première est que le prisme budgétaire n'est pas le bon point d'entrée pour l'exercice de « rationalisation » du paysage des AAI qui sera vraisemblablement mené. Les économies de coûts parfois évoquées pour justifier les regroupements ne sont pas à la hauteur des défis qui nous attendent pour redresser nos finances publiques : elles peuvent être atteintes par d'autres voies, qu'il s'agisse d'une évaluation approfondie – pour chacune des AAI à l'occasion de la construction de son budget – de son rapport coût/efficacité ou d'une mutualisation de certaines fonctions et donc de certaines dépenses qui pourraient être mises en commun (logistique, informatique, gestion RH, etc.).

La deuxième est qu'il faut prendre garde à ne pas produire l'effet inverse à celui recherché par ceux qui invoquent, au soutien des mêmes réformes, « *une nécessité démocratique* ». Si, comme le laissait penser l'intitulé du rapport de la Commission d'enquête sénatoriale sur le bilan et le contrôle des AAI (le rapport Mézard publié en novembre 2015, déjà cité), il s'agit d'éviter la constitution d'un « *État dans l'État* » en réhabilitant la place du politique par rapport à des collèges non élus, que penser de l'exemple espagnol ou néerlandais dans lequel l'autorité indépendante en charge de la concurrence et des régulations économiques les plus stratégiques concentre une « *puissance de feu* » que pourront difficilement égaler le ou les ministres auxquels il revient, en théorie, de mettre en œuvre les politiques publiques correspondantes ?

La troisième est que, s'il est certainement intéressant de procéder à une évaluation approfondie des avantages et des inconvénients des solutions choisies par d'autres pays pour procéder aux rapprochements ou fusions décrits plus haut, par rapport au modèle d'une « *pure* » autorité de la concurrence auquel s'est tenue la France, la voie de la sagesse commande, à mon avis, de garder le cap tel qu'il a été maintenu pendant 40 ans.

Ceux qui défendent l'idée d'un « *régulateur économique* » aux compétences élargies, incluant la protection des consommateurs et, pourquoi pas, certains leviers de la régulation sectorielle, n'ont pas tort de souligner que les missions assignées à ces fonctions sont proches et même complémentaires : veiller au bon fonctionnement des marchés en faisant en sorte que la rivalité concurrentielle ne soit pas altérée par des moyens qui ne relèvent pas de la compétition par les mérites, défendre les intérêts des consommateurs lorsque le marché ne suffit pas à le faire, créer les bons équilibres dans les secteurs régulés en favorisant la croissance, l'innovation et des chances égales pour tous les acteurs d'y participer. Il n'est pas impossible de soutenir, à cet égard, qu'une meilleure articulation institutionnelle pourrait favoriser une plus grande efficacité administrative par la cohérence des actions, la définition de priorités communes, une coordination plus étroite des enquêtes, une circulation plus fluide des informations et la possibilité de traiter conjointement la sanction des infractions reprochées aux entreprises et la réparation, sous des formes à définir, des préjudices subis par les consommateurs. Le développement du numérique et l'irruption de nouveaux modèles d'affaires qui suscitent des préoccupations aussi bien en matière de concurrence que de protection des consommateurs, mais aussi de protection des données personnelles (trois dimensions qui entrent dans le champ de compétence de la *Federal Trade Commission* américaine et ont favorisé de sa part, d'une certaine manière, une vision à 360° du « *data power* ») renforcent cet argument : si l'on prend l'exemple des pratiques de « *pay or consent* » lors du recueil du consentement pour l'acceptation des « *cookies* », qui restent encore un champ relativement inexploré pour les différents régulateurs, ou celles de l'« *App Tracking Transparency* » (ATT) mises en place par Apple pour la collecte des consentements propres aux applications, qui ont été traitées par les autorités de la concurrence française et allemande, l'on voit sans aucun doute l'intérêt d'approches mieux intégrées, qui ont été soutenues par certaines autorités lors d'une table ronde consacrée à ce sujet par l'OCDE (Politique de la concurrence et politique à l'égard des consommateurs sur les marchés numériques, 23 juin 2026).

Tout cela est vrai. Mais, de mon point de vue en tout cas, les risques d'une telle « *concentration horizontale* » qui prendrait la forme en France d'une fusion entre l'Autorité de la concurrence, la DGCCRF au moins dans sa partie « *consommation* », à l'égal de ce qui a été fait dans plusieurs pays européens, jusqu'à intégrer un ensemble à définir d'autorités de régulation, si l'on s'inspire des expériences espagnole et néerlandaise, l'emporteraient largement sur les bénéfices.

D'abord parce que le droit de la concurrence risquerait, dans cet ensemble à géométrie variable, d'être le grand perdant de l'opération. Plus difficile à mettre en œuvre parce qu'exigeant des seuils probatoires élevés et des qualifications juridiques souvent complexes, la tentation serait grande de préférer des outils plus faciles à mobiliser. L'invocation de l'intérêt des consommateurs ou d'un meilleur équilibre du secteur pourrait suffire à justifier une intervention de l'Autorité, avec une force d'attraction encore plus grande que celle qui, à partir non plus d'un constat d'infraction mais du partage de « *préoccupations de concurrence* » a incité les institutions de la concurrence à recourir à la négociation d'engagements avec les entreprises. Plus incertain dans ses résultats parce que reposant sur le pari que l'entreprise adaptera ses comportements pour tirer toutes les conséquences de la sanction, plus lent dans sa mise en œuvre parce que supposant des enquêtes longues et minutieuses, plus indirect parce que refusant d'entrer de manière prescriptive dans le mécanisme de formation des prix, le droit de la concurrence pourrait vite apparaître comme un « *luxe dont on pourrait se passer* » compte tenu de l'urgence et de la pression politique.

Ensuite parce que je suis persuadé qu'au fond, l'exercice de ces différentes disciplines ne relève pas du même métier. Il exige des instruments, un positionnement institutionnel, des méthodes et même une psychologie qui ne sont pas ceux que l'on attend d'une autorité dédiée à la concurrence. Une protection efficace des consommateurs suppose par exemple d'avoir un réseau déconcentré très bien maillé pour faire remonter du terrain le maximum d'observations locales et de capteurs les plus fins possibles de ce qui se passe dans les usages, des mécanismes de dialogue et de concertation avec les entreprises et les associations, un circuit court avec

l'exécutif parce qu'elle doit reposer sur la probabilité forte qu'en cas d'échec de la persuasion ou de la négociation un texte contraignant sera adopté. La régulation sectorielle suppose, tout en faisant vivre l'indépendance de l'institution à laquelle elle est confiée, de travailler en symbiose avec les acteurs du secteur, d'entretenir un dialogue constant avec eux, de tester les solutions afin de dessiner le chemin de crête entre des revendications opposées, de susciter la confiance du ministre pour peser sur les politiques publiques. Ce n'est pas ainsi que vit et doit vivre une autorité de la concurrence, dont la force tient en grande partie au pouvoir de sanction dont on sait qu'il peut être utilisé de manière crédible mais aussi à la distance, qui n'est pas l'absence de dialogue, avec le politique et surtout l'équidistance avec l'ensemble des acteurs économiques, gage d'impartialité mais aussi de tranquillité parce qu'elle immunise aussi bien contre le risque d'un face-à-face hostile que contre celui de la capture.

"[Le régulateur] est le paysagiste qui choisit les essences [...]. L'autorité de la concurrence [...] est le jardinier qui taille, arrose, élague au besoin [...]."

Enfin et surtout parce que concurrence et régulation n'entretiennent pas la même relation avec le marché. Le régulateur le construit, projette sa propre vision sur ce qu'il doit ou devrait être : pour prendre la métaphore du jardin, il est le paysagiste qui choisit les essences, plante, dessine les allées et assigne aux massifs leur place et leur couleur. L'autorité de la concurrence l'entretient : elle est le jardinier qui taille, arrose, élague au besoin, veille à ce que les grands arbres n'étouffent pas les plus petits et laissent pénétrer le soleil au profit de l'ensemble des plantations. Et personne ne contestera que le jardin sera d'autant plus réussi que les deux intervenants font bien leur travail. Chacun à sa place.

1 Bruno Lasserre, «Le Conseil de la Concurrence : clé de voûte de l'ordonnance du 1er décembre 1986». Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986, Colloques & débats, Litec

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



Irène Luc

Première avocate générale de la chambre commerciale de la Cour de cassation

Quarantième anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence

DGCCRF
Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

Autorité de la concurrence

C'est un privilège rare que d'avoir appliqué les articles 7 et 8 de la célèbre ordonnance du 1er décembre 1986 dans les murs du Conseil de la concurrence. C'est une façon élégante d'avouer que ma pratique du droit de la concurrence, amorcée comme rapporteure, ne date pas d'hier.

Le coup de foudre a été immédiat. Point de jargons poussiéreux rue de l'Echelle, mais une matière vivante, économique, basée sur l'observation des marchés et la vie des entreprises. Quant au bilan de l'institution, je crois qu'il est reconnu unanimement comme une « success story » à la française, à laquelle je suis assez fière d'avoir pu apporter ma pierre.

Ce succès s'explique par un talent d'adaptation constante aux changements institutionnels et aux transformations de l'économie.

Dès 2001, le Conseil a reçu du législateur le pouvoir de sanctionner les cartels à la hauteur de leur gravité, en augmentant les plafonds de sanctions encourues. C'en était fini des réprimandes modestes autorisées par l'ordonnance de 1986. Le législateur y a joint, pour faire bonne mesure, de nouveaux outils, basés sur la négociation. C'était très en avance sur le mouvement général de règlement alternatif des différends, qui a depuis traversé tous les secteurs. Le premier cartel, celui des portes, a vite été débusqué à la suite de la première demande de clémence. Des pratiques dont le caractère anticoncurrentiel était encore débattu, ont été résolues très vite, dans le temps économique, par le biais d'engagements, qui ont fait considérablement progresser le droit. Le Conseil a invité les entreprises à présenter des programmes de conformité, en échange de réduction de sanction, dans les procédures de non contestation des griefs. Là encore, l'institution était en avance et la culture de la « compliance » en marche.

"Le Conseil, puis l'Autorité de la concurrence se sont montrés à la hauteur des ambitions des rédacteurs de l'ordonnance de 1986."

En 2004, le Conseil est passé à l'échelle européenne en intégrant le club des autorités nationales de concurrence, chargé d'appliquer, avec la Commission européenne, le droit européen de la concurrence, le fameux « REC », pour « réseau européen de concurrence ». Les outils de détection sont devenus collectifs, les échanges se sont multipliés, dans le cadre d'une coopération entre autorités nationales de concurrence (« ANC ») dont le caractère extrêmement fructueux ne s'est jamais démenti, faisant pâlir d'envie les juridictions répressives, qui ne sont jamais parvenues à un tel niveau d'intégration dans la détection des infractions.

En 2008, le Conseil s'est offert une crise de croissance et a changé de nom pour devenir l'Autorité de la concurrence. Ce nouveau nom accompagnait un changement d'envergure. Ses effectifs ont doublé, et les profils se sont diversifiés : économistes, ingénieurs, avocats, sont venus rejoindre les magistrats judiciaires et administratifs ainsi que les inspecteurs de la DGCCRF. L'Autorité a reçu le droit de perquisitionner, de réaliser des enquêtes *ex nihilo*, de contrôler les concentrations et de donner son avis d'office sur le fonctionnement de l'économie, sans qu'on ne lui demande rien. Des brigades spécialisées ont vu le jour, économistes, juristes, rejoints plus tard par des ingénieurs et experts du monde numérique.

Fort de cette nouvelle panoplie, l'institution a continué ses combats. En voici quelques-uns parmi les plus mémorables.

Dans les années 1990, le Conseil s'est résolument engagé dans la lutte contre les ententes dans les marchés publics, étant, à l'époque, peu secondé par le parquet, même dans les affaires où la corruption ou le favoritisme étaient connexes. Là où le pénal déclarait forfait pour cause de prescription, le Conseil a réussi à attraper des entreprises qui s'étaient réparti des marchés à très grande échelle, dans des décisions emblématiques.

Le tournant du siècle ne lui a pas permis de s'endormir sur ses lauriers. La grande période d'ouverture des marchés des télécommunications, de l'électricité, du gaz et des transports ferroviaires à la concurrence, a apporté son lot de bouleversements. Cette ouverture ne s'est pas faite sans résistances et a donné lieu à des décisions importantes contre les anciens monopoles. Consultée par les autorités de régulation sectorielles, l'Autorité leur a rendu de nombreux avis sur les définitions de marché et a constitué un appui précieux.

La troisième vague de combats a été caractérisée par l'émergence du numérique. Elle est toujours en cours. Réagissant au développement des ventes en ligne, l'Autorité a eu un rôle pionnier dans l'analyse des pratiques. Dans sa foulée, l'Autorité, dès 2010, a été parmi les premières autorités à disséquer les pratiques d'opérateurs d'un genre inédit, les GAFAM.

Sa pratique décisionnelle ambitieuse s'est par la suite attachée à sanctionner leurs abus de position dominante.

Utilisant ses pouvoirs d'avis sectoriel dans les domaines de l'économie dysfonctionnels, l'Autorité a identifié les risques concurrentiels de nouveaux marchés, ouvrant la voie à des plaintes et des saisines nouvelles, elles-mêmes sources de détections de preuves renouvelées.

La richesse de ce bilan rend difficile, pour illustrer cet anniversaire, le choix d'une décision emblématique.

Parmi les décisions contentieuses, je retiendrai la décision 08-D-30 du 4 décembre 2008, intervenue à mi-parcours des quarante années que nous fêtons.

Cette décision me semble devoir être mise en avant car elle illustre d'une part, la difficulté de réunir les preuves matérielles des pratiques, résolue ici par le recours aux nouveaux instruments de coopération entre États-membres du règlement 1/2003, et, d'autre part, la nécessité de satisfaire la charge probatoire pesant sur l'autorité poursuivante, reposant ici en partie sur un raisonnement économique intéressant et assez audacieux.

Dans cette décision, le Conseil de la concurrence a mis en évidence une stratégie de partage des volumes dans la vente, à Air France, de carburéacteur, par quatre compagnies pétrolières sur l'escale de la Réunion.

Lors de l'appel d'offres organisé par cette société pour l'approvisionnement de ses avions en carburant sur l'escale de la Réunion, quatre majors du secteur se sont concertées pour se répartir le marché et fausser la concurrence.

Le mécanisme de mise en concurrence auquel recourait Air France était ingénieux. L'entreprise lançait ses appels d'offres dans le mois qui précédait le démarrage des contrats annuels. Ils comportaient plusieurs tours au cours desquels les compagnies pétrolières formulaient leurs offres en volumes et en prix. La compagnie aérienne choisissait le mieux offrant et lui attribuait la fourniture correspondant à la quantité que la société pétrolière était disposée à lui fournir au prix proposé. Sur certaines escales la totalité des volumes pouvait être allouée à un seul offreur. Dans les autres cas, les autres offres étaient retenues selon leur rang de classement jusqu'à épuisement des besoins estimés par la compagnie aérienne pour l'aéroport en question.

Lorsque la fourniture d'une compagnie sur un même aéroport était attribuée à plusieurs fournisseurs, on parlait de « contrats partagés », chacun vendant à son propre prix.

L'offre de chaque compagnie pétrolière ne pouvait généralement couvrir qu'une partie des besoins, mais comme la somme des quantités offertes par plusieurs compagnies était supérieure à la somme des quantités nécessaires, et que chaque compagnie était dans l'ignorance des pourcentages offerts par les concurrents, Air France pouvait faire jouer la concurrence entre les offreurs. À l'issue du premier tour, Air France précisait à chaque offreur son écart de prix avec l'offreur le mieux placé et son rang, c'est-à-dire sa position par rapport à l'offreur qui avait fait les meilleures propositions. Une deuxième, voire une troisième offre, intervenaient alors et chacun ajustait son offre pour remporter une part, sur la base de ces résultats intermédiaires. Cette procédure d'appel d'offres avait pour effet, comme l'avait souligné le Conseil, de conférer au marché un caractère instable et très concurrentiel.

Or, la pratique concertée mise en œuvre par les quatre groupes a eu pour objectif et pour résultat effectif de réduire cette concurrence : en limitant délibérément les volumes offerts, les compagnies pétrolières ont obligé Air France à acheter l'ensemble des volumes proposés à des prix artificiellement élevés.

L'appel d'offres litigieux lancé en septembre 2002 par Air France pour la fourniture estimée de ses besoins en kérosène en 2003 soit 90 000 m³ s'était déroulé de la façon suivante. Lors du premier tour, l'offre cumulée des pétroliers correspondait exactement aux besoins d'Air France. Cet ajustement parfait était obtenu grâce à une baisse des quantités offertes par Z par rapport à sa réponse aux derniers appels d'offres de 2001, qui passait de 45 % (part détenue en 2001) à 30 %. Cette baisse des quantités permettait à Y, absent des marchés en 2001, de revenir à

hauteur de 15 %, alors que les deux autres pétroliers (X et T) ne soumissionnaient que pour leur part de 2001. Lors du deuxième tour, les parts de marché proposées par les compagnies pétrolières restaient identiques à celles du premier tour et les baisses de prix n'étaient pas significatives. Lors du troisième tour, Air France ayant exigé des fourchettes de volumes, les pétroliers se sont exécutés, mais au lieu d'augmenter les volumes, les ont baissés. Quant aux prix, ils ont baissé très légèrement pour X, Z et Y, mais leur niveau est resté bien supérieur à celui des années précédentes. Au final, Air France a été obligé d'accepter les volumes et prix proposés, correspondant à une hausse du différentiel de prix de près de 30 % (part fixe payée par la compagnie aérienne aux compagnies pétrolières s'ajoutant à la part variable, indexée sur le prix du pétrole brut déjà soumis à de fortes hausses pendant la période concernée). Cette part fixe rémunérait l'ensemble des coûts logistiques (transport, stockage, distribution) et intégrait la marge commerciale.

Le Conseil s'est fondé sur un faisceau d'indices précis et concordants démontrant l'existence d'échanges d'informations entre les compagnies avant les soumissions : des preuves documentaires et le parallélisme de comportement des offreurs.

Une série de documents saisis au siège des sociétés et, notamment, un tableau Excel annoté à la main, établissait la connaissance mutuelle, par les entreprises soumissionnaires, antérieurement au premier tour de l'appel d'offres, des volumes proposés par chacune. Les entreprises n'avaient pu fournir aucune explication plausible sur les mentions de ces documents : Air France n'avait communiqué aucune information aux offreurs ; la chronologie de réponse aux appels d'offres et de rédaction des documents prouvait qu'ils avaient été complétés avant l'appel d'offres ; enfin, aucune explication plausible ne pouvait être fournie pour expliquer la répartition parfaite obtenue au premier tour, d'autant qu'un opérateur nouveau était apparu, partant d'une part nulle.

Par ailleurs le parallélisme de comportement des offreurs sur l'appel d'offres ne pouvait s'expliquer que par des échanges d'informations préalables aux soumissions. En effet, les volumes étaient restés stables lors des trois tours et les prix proposés étaient considérablement plus élevés que ceux des appels d'offre précédents.

Seule l'existence d'échange d'informations pouvait garantir que chaque compagnie choisisse une stratégie identique sur les volumes offerts : restreindre les parts de marché et supprimer toute option afin de pouvoir augmenter les prix, sans subir le risque d'être exclu du marché.

De même, les hausses de prix par rapport aux prix de 2001, année idéalement concurrentielle, allant de +45 % pour deux fournisseurs, à +38% et +25%, permettaient de mesurer la confiance qu'avaient les offreurs dans la certitude de ne pas être écartés de la compétition et ne pouvaient s'expliquer par aucune hausse de coûts des compagnies. Les entreprises n'ont pu, là encore, expliquer ce parallélisme de comportement, n'alléguant que des éléments de stratégie individuelle qui, par définition, devaient être ignorés des autres et qui ne pouvaient donc avoir modifié le comportement des quatre offreurs.

L'entente a entraîné une augmentation du coût d'approvisionnement en carburant pour Air France sur l'escale de la Réunion. La restriction des volumes offerts a eu pour effet une augmentation de 30 % du prix du différentiel.

Outre le raisonnement intéressant auquel s'était livré le Conseil, faisant une part importante aux preuves dites « économiques », cette affaire constituait la première utilisation des outils de coopération apportés par le règlement 1/2003.

En effet, des preuves avaient été recueillies en Angleterre, au siège d'une des entreprises en cause, par les enquêteurs de l'autorité anglaise de concurrence, à la demande du rapporteur général du Conseil, en application de l'article 22 du règlement 1/2003. Celles-ci avaient ensuite été utilisées pour étayer les griefs, sur le fondement de l'article 12 du règlement 1/2003.

Les entreprises avaient contesté l'application du droit de l'Union, et donc du règlement 1/2003, prétendant que les pratiques en cause n'avaient pas affecté sensiblement les échanges intra-communautaires. Elles demandaient donc que les pièces recueillies en Angleterre soient retirées du dossier.

Je rappellerai à cet égard que la question de l'affectation sensible a été résolue à la suite d'un *amicus curiae* de la Commission européenne dans une autre affaire Orange Caraïbes, ayant donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 2012 (V10-25.772). La question posée concernait la caractérisation de cette sensibilité, en présence de pratiques n'affectant qu'une partie du territoire national. La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 28 mars 2013, a appliqué le faisceau d'indices préconisé par la Cour de cassation, caractérisé par « *un ensemble de critères, parmi lesquels la nature des pratiques, la nature des produits concernés et la position de marché des entreprises en cause, le volume de ventes global concerné par rapport au volume national n'étant qu'un élément parmi d'autres* ». Les débats autour de cette notion d'affectation sensible se sont taris avec ces deux affaires, qui ont permis de fixer la jurisprudence.

L'affaire du carburéacteur a constitué la première mise en œuvre des nouveaux outils de coopération entre États-membres. Le rapporteur général de l'Autorité avait demandé l'assistance de l'autorité anglaise de concurrence, l'Office of Fair Trading, pour recueillir, au siège londonien d'une des entreprises impliquées, des indices de la pratique. Les opérations ont été fructueuses et les documents ont été versés au dossier du Conseil.

Dans un arrêt du 24 novembre 2009, la Cour d'appel de Paris a, pour la première fois, statué sur l'application de l'article 22 § 1 du règlement, qui dispose qu' « *une autorité de concurrence d'un État membre peut exécuter sur son territoire toute inspection ou autre mesure d'enquête en application de son droit national au nom et pour le compte de l'autorité de concurrence d'un autre État membre afin d'établir une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité. Le cas échéant, les informations recueillies sont communiquées et utilisées conformément à l'article 12* ». Elle a approuvé le Conseil d'avoir considéré que les dispositions de cet article organisaient, en ce qui concerne les inspections supposant l'emploi de moyens coercitifs, trois étapes qui relevaient d'un contrôle distinct : la demande d'assistance formulée par l'autorité requérante ; l'autorisation et le déroulement de l'inspection mise en œuvre par l'autorité destinataire de la demande d'assistance et enfin, l'utilisation des informations obtenues par l'autorité requérante pour le compte de laquelle l'inspection a été réalisée. Elle a ensuite jugé que la première et la troisième étapes étaient soumises au droit national applicable dans l'État demandeur de l'assistance, sous le contrôle des juridictions compétentes de cet état, tandis que la deuxième était régie par le droit national applicable dans l'État destinataire de la demande d'assistance, sous le contrôle des juridictions de cet autre État.

> *"Certes, de nouveaux défis se présentent, bien sûr. Mais le regard reste aiguisé et la main bien armée. Nul doute que les quarante prochaines années seront aussi fécondes."*

Cette affaire a été définitivement soldée par un arrêt de la Cour de cassation, du 20 janvier 2015 (V 13-16.745). La lutte contre les ententes dans les marchés publics demeure un objectif plus que jamais d'actualité.

Ce bref panorama est, j'en conviens, nécessairement subjectif et lacunaire. Mais les faits sont là, indiscutables, gravés dans les rapports annuels qui égrènent les décisions de l'institution. Le Conseil, puis l'Autorité de la concurrence se sont montrés à la hauteur des ambitions des rédacteurs de l'ordonnance de 1986. Les bienfaits pour l'économie de ses interventions contentieuses sont explicités dans ses rapports annuels et ressentis, concrètement, dans le monde économique. Sa fonction consultative n'est pas en reste, même si on peut regretter que ses préconisations ne soient pas toujours suivies d'effets. Les classements internationaux l'installent régulièrement sur la plus haute place du podium des ANC.

Certes, de nouveaux défis se présentent, bien sûr. Mais le regard reste aiguisé et la main bien armée. Nul doute que les quarante prochaines années seront aussi fécondes.

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



Mario Monti

Commissaire européen à la concurrence de 1999 à 2004
Président du Conseil de la République Italienne de 2011 à 2013

Quarante ans au service de la concurrence : une institution clé dans la transformation économique de la France et de l'Europe

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

Autorité de la concurrence

Le quarantième anniversaire du Conseil de la concurrence est une occasion privilégiée de mesurer le chemin parcouru depuis sa création en 1986 et de réfléchir au rôle fondamental joué par la politique de concurrence dans la modernisation économique de la France et de l'Union européenne.

Pour ma part, cette célébration évoque de nombreux souvenirs. Elle me renvoie à la fois à mes années de commissaire européen chargé de la concurrence entre 1999 et 2004 et à mon engagement ultérieur, au sein de la Commission pour la libération de la croissance française présidée par Jacques Attali, en faveur du renforcement institutionnel de la politique de concurrence en France.

L'ambition européenne de la France et les grandes transformations nécessaires : rétrospective sur les années 1980

Lorsque le Système monétaire européen (SME) fut créé en 1979, sous l'impulsion du Président Valéry Giscard d'Estaing et du Chancelier Helmut Schmidt, la France et l'Allemagne avaient en commun une ambition historique – la pleine intégration économique et monétaire des États membres de la Communauté européenne, qui pourrait mener un jour à une union politique.

Leurs points de départ, toutefois, n'étaient point alignés. Les deux pays pouvaient compter sur des économies réelles solides, mais celle de l'Allemagne était plus dynamique. Surtout, la situation des finances publiques et des monnaies respectives était très inégale, à l'avantage de l'Allemagne. Ces écarts dépendaient de deux différences cruciales, l'une culturelle, l'autre institutionnelle.

Sur le plan de la culture politique, l'Allemagne était caractérisée par un large consensus autour de l'économie sociale de marché (Sozialemarktwirtschaft) remontant à l'école de Fribourg des années Trente. A cet égard, le rôle de l'État dans l'économie ne consiste ni à simplement laisser-faire les acteurs économiques, ni à intervenir directement dans l'économie, mais plutôt à créer et maintenir un système libéral encadré dans des règles établies par les pouvoirs publics (Ordoliberalismus). Par exemple, pas de contrôle des prix tel qu'il était souvent appliqué en France, mais une surveillance sévère du respect des règles sur la concurrence.

Au niveau institutionnel, seule l'Allemagne, parmi les six états fondateurs de la Communauté européenne en 1958, disposait déjà de deux institutions clés pour le bon fonctionnement d'une économie sociale de marché : une banque centrale indépendante avec le mandat de lutter contre l'inflation (Deutsche Bundesbank) et une autorité en charge de la concurrence (Bundeskartellamt). La France, comme l'Italie ou les pays du Benelux, n'avait pas d'autorité chargée de contrôler la concurrence, ni d'ailleurs une loi définissant quelles seraient les violations à sanctionner. Elle avait bien sûr, comme les autres États membres, une banque centrale, qui toutefois n'était ni indépendante du Trésor, ni dédiée spécifiquement au contrôle de l'inflation.

Ces deux institutions, cohérentes avec les principes de l'économie sociale de marché, avaient pourtant été imposées à l'Allemagne par les États Unis en tant que puissance occupante après la guerre. Dans la vision américaine, elles avaient surtout l'objectif d'empêcher que ne resurgissent des pulsions à la dictature (l'hyperinflation avait contribué à la prise de pouvoir par Adolf Hitler) et au militarisme (dont les trusts et les cartels dans les industries de la défense avaient été les soutiens.

Pour que ces deux institutions - dont entretemps les Allemands étaient devenus très fiers, avec un phénomène remarquable de pleine appropriation intellectuelle et politique - soient transposées au niveau communautaire il aura fallu attendre un temps bref pour la concurrence (déjà à sa naissance en 1958 la Commission européenne était investie par le Traité de Rome du rôle d'autorité de concurrence) mais très long pour la banque centrale ainsi que pour la monnaie unique (1999, à la suite du Traité de Maastricht).

Les deux tournants : l'ancrage monétaire européen (1983) et la concurrence (1986)

Pour la France, comme pour tous les États membres, les années 1980 et 1990 ont été caractérisées par de grands efforts de modernisation culturelle, institutionnelle et économique en vue d'atteindre

une intégration européenne plus avancée. C'est au cours de ces années que je me suis rendu compte que l'intégration européenne non seulement unit mais transforme les pays.

Dans le cas de la France, les deux obstacles majeurs étaient la condition des finances publiques et la structure des marchés. Ni la discipline budgétaire, ni la concurrence n'étaient vues par une large partie de l'opinion comme des éléments essentiels pour le succès économique durable d'un pays. Souvent, elles étaient même considérées comme des obstacles à cette réussite.

Ces deux obstacles ont été surmontés en deux phases successives par des décisions politiques qui auraient eu des conséquences profondes sur l'évolution de la France mais aussi de la Communauté européenne dans son ensemble. Sans elles, l'entente franco-allemande et les projets d'une plus grande intégration européenne n'auraient pas réussi.

Mars 1983 : le tournant de la rigueur

Après son élection en mai 1981, le Président François Mitterrand avait appliqué une politique vigoureuse de relance et d'interventions directes de l'État. La France se heurtait rapidement à plusieurs difficultés : déficit commercial, fuite des capitaux, inflation et pressions répétées sur le franc, qui a dû être dévalué à plusieurs reprises. L'extrême gauche et une partie du parti socialiste insistaient pour la poursuite de l'expérience, même au prix de devoir, dans un contexte européen ouvert, sortir du SME.

En mars 1983, le président Mitterrand tranchait en faveur de la ligne alternative, celle de l'ancrage européen portée par Jacques Delors, ministre de l'Économie et des Finances : maintien du franc dans le SME, lutte contre l'inflation, rigueur budgétaire et monétaire, intégration européenne plus avancée, coopération étroite avec l'Allemagne.

Décembre 1986 : le tournant de la concurrence

Le deuxième tournant vers la modernisation de l'économie française a eu lieu avec l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986, relative à la liberté des prix et à la concurrence. L'ordonnance a été introduite, encore une fois sous la présidence de François Mitterrand, par le gouvernement de Jacques Chirac et à l'initiative d'Édouard Balladur, ministre de l'Économie et des Finances.

Cette ordonnance prévoyait la liberté des prix, la prohibition des ententes illicites et des abus de position dominante et créait une autorité dédiée, le Conseil de la concurrence, dotée de pouvoirs propres pour faire respecter les règles de concurrence.

Il s'agissait d'une mutation comparable, dans le domaine micro-économique, à ce que le tournant de 1983 avait représenté dans le domaine macro-économique.

"À première vue, la décision de 1983 est associée à la gauche socialiste, tandis que l'ordonnance de 1986 est emblématique de la première cohabitation et de la droite libérale. Pourtant, vues depuis Bruxelles ou Francfort, ces deux réformes apparaissent remarquablement cohérentes."

Entre la démarche de mars 1983 et celle de décembre 1986 il existe un lien profond, même s'il s'agit d'une continuité stratégique plutôt que d'un plan institutionnel unique élaboré dès 1983. Une continuité dans l'accélération, il conviendrait de dire, car Jacques Delors – devenu Président de la Commission européenne en 1985 après avoir évité le déraillement de la France de sa trajectoire européenne – avait redoublé les ambitions de la CEE en lançant le projet de l'achèvement du marché unique au 1er janvier 1993. Un système national de prix et de marchés fortement administré serait devenu de moins en moins compatible avec le futur marché unique.

À première vue, la décision de 1983 est associée à la gauche socialiste, tandis que l'ordonnance de 1986 est emblématique de la première cohabitation et de la droite libérale. Pourtant, vues depuis Bruxelles ou Francfort, ces deux réformes apparaissent remarquablement cohérentes.

De nombreux historiens de l'intégration européenne considèrent aujourd'hui qu'entre le tournant de 1983 et le Traité de Maastricht, il existe une grande continuité stratégique de la France, au-delà des mutations politiques : Mitterrand et Delors ont assuré l'ancrage monétaire européen, Chirac et Balladur ont modernisé le cadre concurrentiel de l'économie française. Ensuite, Mitterrand et Kohl négocieront le Traité de Maastricht.

Vingt ans après, une nouvelle injection d'Europe (2007-2008)

J'ai pu faire la connaissance directe du Conseil de la concurrence en 1999 lorsque - après un mandat de cinq ans comme Commissaire européen au marché unique, aux services financiers et à la fiscalité - j'ai été nommé Commissaire à la concurrence.

Cette période fut particulièrement importante pour l'Europe de la concurrence. En particulier, le règlement de modernisation adopté en 2003 a profondément transformé l'application des règles européennes de concurrence. Il a mis fin à un système largement centralisé à Bruxelles pour instaurer un modèle plus décentralisé fondé sur la coopération entre la Commission européenne et les autorités nationales. La réussite de cette réforme dépendait très largement de la qualité des institutions nationales. Le Conseil de la concurrence français figurait déjà parmi les autorités les plus respectées et expérimentées du réseau européen naissant.

À cette époque déjà, le Conseil de la concurrence ne se limitait pas à sanctionner les comportements anticoncurrentiels. Il contribuait également à diffuser une véritable culture de la concurrence au sein des administrations, des entreprises et plus largement de la société française.

À cet égard, j'ai un vif souvenir d'une des premières Journées de la Concurrence, organisée à Paris en octobre 2000 par la Commission européenne et le Conseil de la Concurrence. J'avais lancé cette initiative pour sensibiliser les opinions publiques dans chaque État membre aux bénéfices apportés par la concurrence. L'engagement de la présidente du Conseil de la Concurrence, Marie-Dominique Hagelsteen, fut exemplaire.

L'expérience européenne montrait cependant qu'une politique de concurrence efficace exigeait des institutions disposant de compétences suffisamment larges pour agir rapidement et de manière cohérente sur l'ensemble des enjeux concurrentiels. Dans plusieurs États membres, les autorités de concurrence non seulement disposaient d'un pouvoir de sanction, mais elles exerçaient également le contrôle des concentrations et avaient des compétences renforcées en matière d'avis et d'expertise économique.

À la fin de mon mandat en 2004 j'étais persuadé qu'il était temps que le cadre législatif et administratif de la concurrence en France soit revu, afin de lui donner un nouvel élan en cohérence avec l'évolution sur le plan européen. En quittant Bruxelles, toutefois, je n'aurais jamais imaginé avoir bientôt l'occasion de contribuer à cette révision, à Paris.

La Commission Attali : du Conseil de la concurrence à une autorité plus forte et indépendante

En juillet 2007 le président de la République Nicolas Sarkozy a créé une « Commission pour la libération de la croissance française », en confiant sa présidence à Jacques Attali et en souhaitant m'inclure parmi ses nombreux membres (42). J'ai particulièrement apprécié cette invitation, étant donné qu'elle venait personnellement de celui avec qui, en sa qualité de ministre de l'Économie et des Finances, j'avais eu quelques confrontations très vives tant sur des dossiers importants (Alstom et EDF entre autres) que sur les principes mêmes de la politique de concurrence et de la politique industrielle. Je venais d'ailleurs de publier une tribune exactement sur ce sujet ("Sarkozy, l'Europe et la concurrence", Le Figaro, 30 juillet 2007).

L'un des objectifs de la Commission Attali consistait précisément à identifier les réformes susceptibles de renforcer durablement le potentiel de croissance du pays. Dans nos travaux, menés sous la direction forte et impeccable de Jacques Attali, nous avons accordé une attention particulière au fonctionnement des marchés et aux obstacles qui limitaient la concurrence dans différents secteurs de l'économie française.

Au sein de la Commission, nourri par mon expérience récente à Bruxelles, j'ai plaidé la cause de la concurrence tant sur le plan culturel qu'institutionnel.

Sur le premier plan, j'ai essayé de donner vie à une certaine fierté de ce qui serait accompli. Les Français avaient tendance à penser que l'économie de marché (ou son péjoratif " ultralibéralisme anglosaxon") s'était imposée en Europe continentale sous l'influence des conservateurs britanniques, notamment de Margaret Thatcher. En réalité, l'économie de marché en Europe a été portée par les efforts conjoints des Français et des Allemands déjà dans le Traité de Rome de 1957, donc 22 ans avant l'arrivée de Mme Thatcher au pouvoir en 1979. De plus, la conception du Plan 1992 ouvrant la voie au Marché unique fut autant l'œuvre de Jacques Delors que de Lord Cockfield, commissaire britannique.

Sur le plan institutionnel, j'ai soutenu l'idée que la France se dote désormais d'une autorité de concurrence unique, indépendante du gouvernement, dotée aussi de la compétence sur le contrôle des concentrations, jusque-là réservée au ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie. Cette évolution aurait rapproché le modèle français des meilleures pratiques observées dans plusieurs autres pays.

Cette vision devait paraître un peu étrange, voire subversive, à plusieurs membres de la Commission Attali, ouverts certes aux réformes économiques, mais beaucoup moins à la remise en cause des pouvoirs de l'État. Jacques Attali lui-même, au début, n'était pas persuadé de son bien-fondé.

Par contre, un soutien immédiat était venu de Bruno Lasserre, président du Conseil de la Concurrence, de Philippe Aghion, qui comptait parmi les universitaires, et d'autres. Entre Bruno Lasserre et moi une complicité naturelle s'établit vite. On était naturellement sur la même longueur d'onde en raison de nos expériences communes en ce domaine, mais Bruno se sentait peut-être moins libre que moi dans les passages les plus controversés des débats, ne souhaitant pas être soupçonné de conflit d'intérêts, vu sa fonction.

Réunion après réunion, notamment après que Jacques Attali fut persuadé, le consensus s'est élargi mais la bataille n'était pas gagnée. On percevait une certaine résistance (un "effet Pénélope", je serais tenté de dire) de la structure qui tenait la plume - par ailleurs avec un travail de grande qualité - à refléter pleinement le consensus qui se dégageait au sujet de la concurrence.

Par exemple, en janvier 2008 j'ai dû écrire au président Attali pour lui demander de rétablir le texte adopté en octobre par la Commission au sujet de la concurrence. Bien qu'il ait été inclus dans le rapport intérimaire présenté au président Sarkozy et rendu public, le texte que nous soumettaient en décembre les rapporteurs généraux pour la suite des travaux était beaucoup moins ambitieux.

"Au sein de la Commission, nourri par mon expérience récente à Bruxelles, j'ai plaidé la cause de la concurrence tant sur le plan culturel qu'institutionnel."

L'un des rapporteurs généraux était un jeune fonctionnaire de 29 ans, inspecteur des finances, Emmanuel Macron, qui ne souhaitait apparemment pas que Bercy soit privé de certaines compétences stratégiques, ce qui l'aurait amené à de minutieux changements restrictifs dans le texte. Sans nous pencher sur ces spéculations quant aux mystérieuses révisions nocturnes, Bruno Lasserre et moi nous sommes toutefois mis d'accord pour effectuer une garde rapprochée pendant les 24 heures réservées à la relecture finale du rapport, dans un bureau sous surveillance, avant que le lendemain à l'aube texte ne soit transféré à l'Elysée.

Quoi qu'il en soit, j'ai été ravi que, dans son allocution à l'occasion du 15ème anniversaire de l'Autorité de la Concurrence en 2024, le Président de la République Emmanuel Macron ait évoqué avec fierté la naissance de l'Autorité et son travail dans la Commission Attali.

L'Autorité de la concurrence s'impose

Parmi les recommandations remises au président Sarkozy le 23 janvier 2008, celles sur la concurrence sont vraisemblablement celles qui ont été mises en œuvre le plus pleinement et rapidement. La loi du 4 août 2008 a prévu la création de la nouvelle Autorité de la concurrence et l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 l'a dotée de ses compétences à compter du 1er janvier 2009.

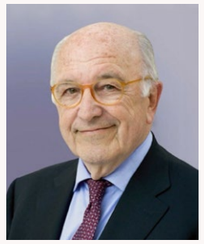
Je garde un souvenir très vivant de la réception organisée par l'Autorité de la concurrence le 13 janvier 2009 à l'occasion de sa création officielle. La ministre de l'Économie, Christine Lagarde, avait alors souligné le rôle joué par les travaux de la Commission Attali dans la conception de cette réforme. Aux côtés de Bruno Lasserre, qui devenait le premier président de l'Autorité après avoir présidé le Conseil de la concurrence, j'eus l'honneur d'être invité à prendre la parole à cet événement symbolique.

La nomination de Bruno Lasserre assurait une remarquable continuité institutionnelle. Sous sa direction, l'Autorité a pu consolider les acquis du Conseil tout en développant pleinement les nouvelles responsabilités qui lui étaient confiées, œuvre perpétuée de manière excellente par ses successeurs Isabelle de Silva et, à partir de 2022, par Benoit Cœuré. Ayant été membre du Comité exécutif de la BCE pendant sept ans, Benoît Cœuré a pu inscrire pleinement l'Autorité dans la vision européenne qui avait inspiré sa création.

Grâce au travail de ses présidents successifs ainsi que de son personnel très qualifié, l'Autorité française est aujourd'hui l'une des autorités de concurrence les plus respectées au monde, non seulement en Europe. Elle siège au comité de pilotage de l'International Competition Network et son président Benoît Cœuré a été nommé à la tête du Comité de la concurrence de l'OCDE.

THÈME 2

La construction européenne et internationale du droit de la concurrence



Joaquín Almunia

Vice-président de la Commission européenne et commissaire à la Concurrence de 2010 à 2014

Deux remarques concernant mon mandat : les aides d'État aux banques et l'affaire *Google*[1]

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

Autorité de la concurrence

J'ai pris la direction du portefeuille de la Concurrence à la Commission européenne en février 2010, après avoir été en charge pendant près de cinq ans du portefeuille des Affaires économiques, d'abord sous la présidence de Romano Prodi, puis sous celle de José Manuel Barroso, lors de son premier mandat. Avant 2010, à la fin de mes fonctions de commissaire aux Affaires économiques, mon attention était essentiellement mobilisée par les conséquences complexes de la faillite de Lehman Brothers sur les marchés financiers et par les risques qu'elle faisait peser sur l'économie européenne. Je suivais tout particulièrement la situation de la Grèce, dont les finances publiques étaient confrontées à d'importants déséquilibres, ce que le nouveau gouvernement de George Papandreou a fini par révéler au cours de l'automne 2009.

Au cours de mes premiers mois à la tête de la Direction générale de la Concurrence (DG Concurrence), j'ai donc accordé une attention particulière au contrôle des aides d'État, alors que de nombreux États membres étaient contraints d'injecter des ressources publiques substantielles dans les banques afin de redresser leurs bilans et de permettre leur sauvetage, leur restructuration ou, dans les cas les plus graves, leur résolution. Tout au long de cette crise, l'intervention des pouvoirs publics s'est avérée essentielle pour empêcher que les crises bancaires ne deviennent systémiques. Contrairement à ce qui se produit dans d'autres secteurs économiques, les difficultés auxquelles est confrontée une banque peuvent rapidement se répercuter sur ses concurrents et ses clients, dans un climat de forte perte de confiance. Les autorités devaient donc intervenir, car les marchés ne pouvaient pas, à eux seuls, faire face à la situation sans mobiliser des ressources publiques et mettre en place plusieurs types d'interventions.

À quelques rares exceptions près, les États membres de l'Union européenne ne disposaient pas d'institutions chargées de gérer et de financer ces procédures, alors même que l'utilisation d'un volume important de ressources publiques pouvait entraîner d'énormes distorsions sur le marché intérieur. La Commission a donc dû approuver, en concertation avec le Conseil ECOFIN et la Banque centrale européenne (BCE), plusieurs communications visant à établir le cadre dans lequel seraient prises les décisions visant à contrôler l'utilisation des ressources publiques, afin de limiter les distorsions de concurrence et garantir le respect des règles du marché intérieur. La première d'entre elles a été adoptée en octobre 2008, quelques semaines après la faillite de Lehman Brothers, et la dernière en août 2013.

Les aspects couverts par ces communications portaient sur divers types d'interventions impliquant l'utilisation de ressources publiques, toujours sous l'angle du contrôle des aides d'État : recapitalisation des établissements financiers, principe de proportionnalité visant à limiter le montant des aides, traitement des « actifs dépréciés », durée des aides, plans de viabilité et de restructuration, etc. La validité temporaire de ces communications a été progressivement prolongée jusqu'en 2013. Alors que la crise semblait être un lointain souvenir, la Commission a adopté la dernière communication, qui est toujours en vigueur bien qu'elle ne soit plus appliquée depuis des années. J'ai appris récemment que la DG Concurrence mène des consultations en vue de son abrogation. En 2014, la directive 2014/59/UE a été adoptée en codécision, établissant un cadre européen commun pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

"L'intervention des pouvoirs publics s'est avérée essentielle pour empêcher que les crises bancaires ne deviennent systémiques."

À mon sens, la démarche adoptée par la Commission, et en particulier par la DG Concurrence, en s'appuyant sur un ensemble de règles élaborées au début de la crise afin de mettre en place un cadre souple et pragmatique pour le contrôle des aides d'État, s'est révélée pertinente. L'absence d'un cadre juridique opérationnel permettant de restructurer un système bancaire en proie à une crise profonde et ainsi d'éviter la matérialisation des risques systémiques inhérents aux crises financières aurait été extrêmement dangereuse pour l'économie. La réaction des colégislateurs de l'Union européenne n'est toutefois intervenue qu'au moment du lancement du projet d'Union bancaire, en 2014. Dès lors, le recours au contrôle des aides d'État pour

combler temporairement ce vide mérite d'être salué. Au cours de cette période, la Commission a adopté plus de 200 décisions en application du cadre défini par les communications relatives au secteur bancaire.

Au cours de ces années, Eurostat, puis la Cour des comptes de l'Union européenne et d'autres analystes, ont estimé à environ 1 400 milliards d'euros le montant des ressources publiques transférées. Dans plusieurs pays, ces ressources publiques ont été remboursées grâce au retour à la solvabilité de nombreux établissements, rendu possible par le renforcement de leur capitalisation, la restructuration de leurs bilans et la reprise de la croissance économique après les années de crise. Mais, dans certains pays, le coût net pour les contribuables demeure élevé. La résolution des problèmes rencontrés dans certaines parties de leur système bancaire, notamment au niveau des banques régionales allemandes (Landesbanken), des caisses d'épargne espagnoles ou de certaines banques en Irlande, en Grèce, au Portugal ou à Chypre, nécessite encore du temps. Le degré de concentration du marché s'est accru, en dépit de la nécessité de préserver le niveau de concurrence à l'échelle nationale. Un autre aspect négatif a été la fragmentation du système bancaire à l'échelle de l'Union européenne, dans la mesure où plusieurs entités transnationales créées au cours des années précédentes ont été démantelées, où les lignes de liquidité se sont heurtées à des obstacles difficilement compatibles avec un marché intérieur, et où les fusions transfrontalières au sein de l'Union européenne ont pratiquement cessé jusqu'à aujourd'hui. Toutefois, le système bancaire a atteint des niveaux de solvabilité plus élevés, dans un contexte également marqué par le nouveau dispositif commun de supervision mis en place au sein de la BCE.

L'autre sujet que je souhaiterais évoquer, et qui s'est posé pendant mon mandat à la tête de la DG Concurrence, concerne la première phase de l'enquête sur d'éventuels abus de position dominante de Google. Lors du transfert de compétences avec l'équipe de ma prédécesseure Neelie Kroes, en février 2010, j'ai été informé d'une plainte déposée auprès de la DG Concurrence par une petite entreprise britannique, faisant état d'un traitement discriminatoire de ses services de comparaison de prix dans les résultats du moteur de recherche de Google : ceux-ci étaient moins bien positionnés, tandis que les services de Google bénéficiaient d'un traitement préférentiel. La plainte reprochait à Google d'avoir sciemment manipulé son algorithme de manière à défavoriser ses concurrents et d'avoir demandé à ces derniers des paiements plus élevés pour corriger les effets de cette manipulation.

Par la suite, alors que je faisais mes premiers pas à la tête de la DG Concurrence, de nouvelles plaintes concernant d'éventuels abus découlant de la position dominante de Google, liée à l'expansion de sa part de marché et à la nature de ses services, sont parvenues à la DG Concurrence, ce qui a conduit à élargir le champ de notre analyse. Certaines portaient sur les exigences d'exclusivité imposées par Google à ceux qui souhaitaient conclure des accords pour utiliser ses pages comme plateforme publicitaire, limitant leur possibilité de placer simultanément leurs publicités sur d'autres plateformes et restreignant ainsi la concurrence. Les plaintes faisaient également état d'obstacles au transfert de contenus publicitaires de Google vers d'autres plateformes dans le cadre d'accords. D'autres encore ont été formulées par certains médias traditionnels, qui dénonçaient les services de Google proposant des résumés de leurs informations sans paiement préalable ni accord avec eux.

Le 30 novembre 2010, j'ai pris la décision, conformément à l'article 11 du règlement (CE) n° 1/2003, d'ouvrir formellement une enquête sur la base des nombreuses plaintes reçues, afin de déterminer s'il y avait eu abus de position dominante au sens de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Conformément à la procédure en vigueur, Google en a été immédiatement informé.

En janvier 2011, j'ai rencontré pour la première fois Eric Schmidt, président du Conseil d'administration de Google, à l'occasion de notre présence commune à la réunion annuelle du Forum économique mondial à Davos. Je lui ai exposé les principaux éléments qui avaient motivé l'ouverture de l'enquête ainsi que les étapes ultérieures de celle-ci, lesquelles, une fois l'enquête achevée, pourraient, si les infractions aux règles européennes de concurrence étaient confirmées, déboucher sur une décision interdisant les pratiques anticoncurrentielles, conformément à l'article 7 du règlement 1/2003.

Compte tenu de la réaction de M. Schmidt, qui cherchait à éviter une telle conclusion, et des alternatives

envisageables, j'ai évoqué la possibilité prévue à l'article 9 dudit règlement, consistant à éviter une décision d'interdiction suivie d'une sanction et imposant la cessation des pratiques anticoncurrentielles, si l'entreprise proposait des engagements permettant de remédier aux pratiques faisant l'objet de l'enquête. Dans ce cas, si la Commission estime que ces engagements sont satisfaisants, elle doit décider de les rendre juridiquement contraignants, mettant ainsi fin à l'enquête, sans qu'il soit nécessaire de poursuivre l'affaire devant la Cour.

M. Schmidt, qui était accompagné lors de cette réunion de Kent Walker, conseiller en chef de Google, s'est engagé à examiner si l'entreprise accepterait de suivre la procédure prévue à l'article 9. Sa réponse a par la suite été affirmative, et les services de la DG Concurrence ont alors établi les contacts nécessaires avec l'entreprise afin d'élaborer un ensemble de propositions de compromis. Les discussions se sont avérées difficiles dès le départ.

"À chaque fois, avant de communiquer son avis à Google, la DG Concurrence devait le confronter aux analyses de chacune des entreprises ayant signalé les éventuels abus, dont beaucoup étaient en mesure d'élaborer leurs propres simulations."

Une fois l'ouverture de l'enquête formelle rendue publique, le débat s'est développé dans plusieurs directions. D'une part, de nouveaux éléments à l'appui de l'enquête sont apparus, à mesure que de nouveaux plaignants venaient s'ajouter à la liste initiale. Les concurrents de Google dans les différents domaines où sa position dominante commençait à se manifester – dont beaucoup étaient établis aux États-Unis – se sont proposés de coopérer avec la DG Concurrence en partageant leur expérience relative aux marchés numériques plus développés. D'autre part, des experts des deux côtés de l'Atlantique, ainsi qu'au sein de la Commission, ont débattu de la question de savoir si l'enquête devait suivre la voie traditionnelle prévue à l'article 7, visant à obtenir une décision d'interdiction et une sanction, ou la procédure prévue à l'article 9, fondée sur des engagements contraignants, qui avait été de plus en plus utilisée depuis l'entrée en vigueur du règlement 1/2003 et permettait généralement d'accélérer la procédure.

De leur côté, les autorités américaines de concurrence ont également commencé à analyser l'impact de certaines pratiques de Google sur leurs marchés, en cherchant à suivre l'exemple de la Commission. Quelque temps plus tard, la Federal Trade Commission (FTC) a elle aussi ouvert une enquête, fondée sur l'existence d'éventuelles infractions similaires à celles qui avaient conduit la Commission à intervenir au niveau de l'Union européenne. Bien que la FTC ait finalement classé cette affaire par la suite, sa coopération avec les autorités européennes avait jusque-là été loyale et intense. Mais des pressions politiques, exercées au Capitole plutôt qu'à la Maison-Blanche, ont finalement conduit la FTC à se retirer de l'affaire.

Les discussions entre Google et la Commission visant à examiner les engagements contraignants prévus à l'article 9 se sont prolongées trop longtemps. Cela a montré, du moins dans ce cas, que la durée de la procédure n'était pas nécessairement plus courte que dans le cadre de la voie traditionnelle prévue à l'article 7. Jusqu'en mai 2014, Google a présenté trois séries successives de propositions, qui ont fait l'objet de discussions avec la DG Concurrence. L'analyse des services de la Commission s'est révélée à chaque fois négative, en tenant également compte des avis reçus de différentes parties.

À chaque fois, avant de communiquer son avis à Google, la DG Concurrence devait le confronter aux analyses de chacune des entreprises ayant signalé les éventuels abus, dont beaucoup étaient en mesure d'élaborer leurs propres simulations. Il convient de souligner que les positions les plus critiques issues de ces simulations émanaient de plaignants établis sur le marché américain, ce qui contredisait l'allégation selon laquelle l'enquête menée par la Commission aurait été biaisée en raison de l'origine territoriale de Google. À l'issue de l'analyse de la troisième série de propositions de compromis présentées au mois de juin 2014 par Google, j'ai publiquement fait part de ma décision de mettre fin à la tentative de parvenir

à un accord fondé sur l'article 9 du règlement et, par conséquent, de mon intention de poursuivre la procédure sur le fondement de l'article 7.

Mais le mandat de la Commission Barroso, et donc ma responsabilité en tant que commissaire à la Concurrence, touchait à sa fin ; il appartiendrait donc à la personne qui reprendrait mon portefeuille à partir de l'automne de mener les prochaines étapes de la procédure selon ses propres critères.

À ce moment-là, le débat sur la manière de poursuivre l'enquête s'était intensifié au cours des mois précédents, tant au sein de la DG Concurrence que parmi certains de mes collègues du collège des commissaires. Il s'était également étendu aux députés européens préoccupés par le poids croissant de Google et d'autres plateformes numériques sur les marchés concernés, ainsi qu'à certains gouvernements de l'Union européenne. L'enjeu politique de cette enquête commençait à prendre une ampleur inhabituelle.

"L'enjeu politique de cette enquête commençait à prendre une ampleur inhabituelle."

À l'issue de mon mandat, en octobre 2014, j'ai continué à suivre avec beaucoup d'intérêt l'actualité de la politique de concurrence, mais, naturellement, à distance, puisque j'avais quitté Bruxelles après plus de dix ans. Quelques mois après mon retour à Madrid, j'ai d'ailleurs approuvé la décision de ma successeure, Margrethe Vestager, de poursuivre l'enquête visant Google sur le fondement de l'article 7. Cette décision ne m'a pas surpris : elle rejoignait les conclusions auxquelles j'étais moi-même parvenu, compte tenu de l'échec des trois propositions de compromis qui avaient été présentées auparavant. Mme Vestager avait décidé, avec beaucoup d'intelligence, de sélectionner, parmi les abus potentiels faisant l'objet de l'enquête, ceux qui étaient les plus clairement susceptibles de déboucher sur une décision d'interdiction. Cette décision a été adoptée en juin 2017 et l'interdiction s'est également accompagnée d'une sanction de 2,4 milliards d'euros.

La Commission a continué d'enquêter sur d'autres abus potentiels de la part de Google, dont certains étaient liés à ceux qui avaient déjà été retenus lors de l'ouverture formelle de l'enquête, en novembre 2010. Une autre affaire concernant Google avait également commencé à être examinée au cours de mon mandat, sans toutefois faire encore l'objet de l'ouverture d'une nouvelle enquête : celle d'Android. Sous le mandat de Mme Vestager, Google s'est vu infliger à ce titre une sanction de plus de 4 milliards d'euros.

Sous le mandat de Mme Vestager, le règlement sur les marchés numériques (Digital Markets Act, DMA) a été adopté, ouvrant la voie à une application *ex ante* des règles de concurrence à ces marchés, sur la base notamment des nombreux abus constatés dans les pratiques des grandes plateformes, à commencer par Google, ainsi que dans d'autres affaires présentant des caractéristiques similaires. La prise de décision par la Commission s'en trouve considérablement accélérée, et il appartiendra à la jurisprudence de la Cour de Luxembourg de trancher en dernier ressort, non seulement sur le fond, mais aussi sur les conséquences juridiques de cette innovation. Une jurisprudence qui, je l'espère, permettra de préserver l'efficacité de la politique européenne de concurrence, afin que celle-ci ne soit pas affaiblie par l'immense pouvoir de marché de ce type d'entreprises, ni par celui d'autres entreprises apparues grâce à l'intelligence artificielle.

1 Article rédigé en anglais et traduit en français.

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



Olivier Guersent

Directeur général de la DG Concurrence de la Commission européenne de 2020 à 2025

De l'autorité nationale à l'acteur du réseau européen

DGCCRF
Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

Autorité de la concurrence

Introduction

Au début de ma carrière, jeune enquêteur au sein de la Direction Nationale des Enquêtes de Concurrence (DNEC) de la toute nouvelle DGCCRF issue de la fusion des Directions de la Concurrence et de la Consommation et de celle de la Répression des Fraudes, j'effectuais des enquêtes pour le Conseil de la concurrence, dont la création en 1986 était, à l'époque, une révolution. Un organe consultatif adossé à l'administration se muait en autorité administrative véritablement indépendante et capable de s'autosaisir. Mais loin d'être un aboutissement, cette révolution a constitué en réalité le commencement d'une profonde évolution. L'institution française chargée de la régulation concurrentielle a connu depuis lors une transformation profonde, devenant au fil du temps un acteur reconnu et influent du paysage européen et international de la concurrence. Cette trajectoire n'est pas seulement institutionnelle ; elle traduit une évolution de fond dans la manière dont le droit de la concurrence est pensé, appliqué et diffusé, à mesure que l'Union européenne construisait, à partir de 2004, un système décentralisé d'application du droit de la concurrence reposant sur la coopération étroite entre la Commission européenne et les autorités nationales.

"L'institution française chargée de la régulation concurrentielle a connu depuis lors une transformation profonde, devenant au fil du temps un acteur reconnu et influent du paysage européen et international de la concurrence."

Mon expérience de fonctionnaire communautaire ayant passé la plupart de mes 34 années bruxelloises dans le domaine du droit de la concurrence, me conduit à distinguer trois temps. La modernisation du droit européen de la concurrence et la naissance du Réseau européen de la concurrence (REC) tout d'abord, qui a offert à l'Autorité française un espace nouveau de coopération et d'influence. L'apport décisif de Bruno Lasserre ensuite, qui a compris immédiatement tout le potentiel de ce nouvel espace. Bénéficiant d'une longue présidence de 2004 à 2016, il a œuvré inlassablement à la construction de la présence internationale de l'institution et à l'affirmation d'une doctrine française reconnue au-delà des frontières nationales. Enfin, la période actuelle, dans laquelle l'Autorité de la concurrence, sous la présidence de Benoît Cœuré, prolonge et renouvelle cet héritage. L'Autorité apporte une réelle plus-value à la réflexion sur la prise en compte des enjeux du numérique, de la souveraineté économique et de la transition écologique. Son influence internationale reflète cette valeur ajoutée intellectuelle. Elle se concrétise par une influence certaine sur la pratique des autorités de concurrence, en Europe et dans le monde. Elle est reconnue à travers la présidence du Comité de la concurrence de l'OCDE.

Le contexte européen : de la centralisation à la mise en réseau

Jusqu'au début des années 2000, l'application du droit européen de la concurrence reposait sur un système fortement centralisé autour de la Commission européenne. Le règlement (CEE) n° 17/62 conférait à la Commission un monopole dans l'octroi des exemptions aux accords anticoncurrentiels, ce qui limitait considérablement le rôle des autorités et juridictions nationales dans l'application directe du droit européen de la concurrence. Philip Lowe développe dans un autre article de ce recueil, les nombreux inconvénients de ce système, devenu difficilement soutenable à la fin des années 90. Ce sera la réforme dite de « modernisation », initiée par Karel van Miert et mon lointain prédécesseur à la Direction Générale Alexander Schaub. Elle sera matérialisée par le règlement (CE) n° 1/2003, entré en application le 1er mai 2004. L'architecture ancienne se trouve bouleversée, le système de notification préalable et d'exemption individuelle par la Commission est aboli, les autorités nationales de concurrence, ainsi que les juridictions nationales, peuvent désormais appliquer pleinement le droit européen de la concurrence, en parallèle à leur droit national.

Cette décentralisation appelait un mécanisme de coordination : ce fut le Réseau européen de la

concurrence (REC), constitué en 2004 pour réunir la Commission européenne et les autorités nationales de concurrence des États membres. Le REC n'est pas une institution dotée de la personnalité juridique, mais un forum de coopération structuré : échange d'informations et de preuves entre autorités, mécanisme d'attribution des affaires selon des critères de meilleur placement, entraide dans les enquêtes, et surtout élaboration de positions communes, de meilleures pratiques et de programmes de clémence harmonisés destinés à limiter le « forum shopping » des entreprises. Le REC est devenu, au fil des deux décennies suivantes, le dépositaire d'une appropriation collective du droit européen de la concurrence par l'ensemble de ses membres. Désormais enceinte de production doctrinale à part entière, il débat et adopte, le plus souvent par consensus, des lignes directrices et des déclarations communes qui, sans avoir la force contraignante du droit dérivé, influencent fortement la pratique décisionnelle, non plus uniquement de la Commission, mais aussi des autorités nationales et, par ricochet, la jurisprudence des juridictions de l'Union.

De l'organe consultatif à l'autorité de référence

Bruno Lasserre est nommé président du Conseil de la concurrence à l'été 2004, quelques semaines seulement après l'entrée en application du règlement 1/2003. J'étais alors chef d'unité en charge de la coordination des cas au sein de la DG Concurrence de la Commission. Conseiller d'État, Bruno Lasserre avait été mon professeur de contentieux administratif vingt ans plus tôt. Jeune étudiant à Sciences-Po Bordeaux, j'écoutais bouche bée cette star montante de son institution faire revivre, en quelques envolées, le prince Napoléon ou le bac d'Eloka. Nous nous étions retrouvés déjà au milieu des années 90 alors que je m'occupais de la libéralisation des marchés de télécommunication en Europe au sein du cabinet du commissaire van Miert et qu'il était l'artisan de la libéralisation de ces mêmes marchés en France. Au-delà de sa compétence juridique et de son esprit vif, Bruno Lasserre apportait à l'institution une expérience de régulateur sectoriel, une conviction affirmée quant au rôle structurant de la concurrence dans la croissance économique ainsi qu'une excellente maîtrise de l'anglais. Chacun de ces trois éléments fut déterminant.

Ses douze années de mandat jusqu'en 2016, coïncident très exactement avec la période durant laquelle le système décentralisé européen se met en place et se consolide. Deux dimensions de son action méritent d'être soulignées pour comprendre la contribution française à la construction du droit européen de la concurrence.

"Au sein du REC, l'Autorité française s'impose rapidement comme l'une des autorités les plus actives, tant par le nombre de décisions rendues en application du droit européen que par sa participation aux groupes de travail sectoriels du réseau."

La transformation institutionnelle interne

La première contribution de Bruno Lasserre est d'avoir su transformer l'institution qu'il dirigeait pour la rendre apte à exercer pleinement les compétences nouvelles que lui conférait le droit européen. La loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 transforme le Conseil de la concurrence en Autorité de la concurrence, autorité administrative indépendante dotée de services d'instruction propres. Cette réforme, dont Bruno Lasserre a été l'un des principaux inspirateurs, dote l'institution de pouvoirs d'enquête autonomes, du contrôle des concentrations - auparavant exercé par le ministre de l'Économie - et de la faculté de s'autosaisir pour rendre des avis sur le fonctionnement concurrentiel des marchés. Cette montée en puissance institutionnelle n'est pas un simple aménagement de droit interne : elle est la condition nécessaire pour qu'une autorité nationale puisse exercer pleinement le rôle que lui assignait le règlement 1/2003 au sein du réseau européen, en traitant elle-même des affaires transfrontalières et en dialoguant d'égal à égal avec la Commission et ses homologues.

Le rayonnement international et européen

La seconde contribution, plus directement liée à l'objet de cet article, tient au rôle actif joué par Bruno Lasserre dans les enceintes multilatérales de la concurrence. Au sein du REC, l'Autorité française s'impose rapidement comme l'une des autorités les plus actives, tant par le nombre de décisions rendues en application du droit européen que par sa participation aux groupes de travail sectoriels du réseau. Cette activité et la capacité du Président Lasserre à la communiquer en anglais dans les réunions informelles des chefs d'autorité du REC, contribuent directement à la production d'une doctrine commune : les décisions françaises portant sur les ententes ou les abus de position dominante, notamment dans les secteurs du numérique naissant, de la téléphonie mobile ou de la distribution de détail, sont régulièrement citées comme précédents pertinents par les autres autorités nationales et alimentent la réflexion de la Commission.

Au-delà du cadre strictement européen, Bruno Lasserre investit fortement le Réseau international de la concurrence (International Competition Network, ICN), créé en 2001, qui réunit désormais plus d'une centaine d'autorités de concurrence à travers le monde pour promouvoir la convergence des pratiques et la diffusion des meilleures pratiques en matière de contrôle des concentrations, de programmes de clémence ou de lutte contre les cartels. En 2013, il est élu vice-président du groupe de pilotage (Steering Group) de l'ICN. Cette élection consacre la reconnaissance, par ses pairs du monde entier, de l'influence de l'Autorité française et de son président dans la définition des standards internationaux de la politique de concurrence.

Depuis Bruxelles, j'ai pu mesurer combien cette activité internationale a contribué à accroître l'influence mondiale du droit européen : en participant à la définition des meilleures pratiques mondiales, l'Autorité française contribue – aux côtés de la Commission et des autres membres du REC - à ce que les positions européennes pèsent dans les discussions internationales, notamment sur des sujets comme la régulation des marchés numériques ou la coopération en matière de contrôle des concentrations transfrontalières.

À son départ en 2016, le bilan de ce mandat est unanimement salué. L'Autorité de la concurrence reçoit le Lifetime Achievement Award de la revue spécialisée Global Competition Review et Bruno Lasserre se voit reconnaître d'avoir porté, en France et à l'international, une vision résolument modernisée de la régulation économique. Son successeur, Isabelle de Silva (2016-2022), a poursuivi et amplifié cette même dynamique. Elle a consolidé la doctrine de l'Autorité sur les pratiques anticoncurrentielles dans l'économie numérique - s'inscrivant ainsi dans les débats européens qui aboutiront, quelques années plus tard, au règlement sur les marchés numériques. Elle a également renforcé l'implication de l'Autorité dans le REC et je lui suis à titre personnel très reconnaissant d'avoir pris l'initiative du renvoi collectif de nombreux États membres dans l'affaire *Illumina/Grail*, permettant à la Commission de se saisir de cette opération non contrôlable selon les seuils européens. Même si malgré l'arrêt très motivé du Tribunal, la Cour de justice a jugé utile de donner une autre interprétation de la portée de l'article 22 du règlement sur les concentrations, cette bataille pour l'adaptation du droit des concentrations aux réalités d'une nouvelle économie mondiale dans laquelle chiffre d'affaires et pouvoir de marché sont parfois totalement décorrélés, devait être menée et elle devait l'être collectivement. L'action courageuse et clairvoyante d'Isabelle de Silva l'a permis.

L'Autorité aujourd'hui : entre continuité institutionnelle et nouveaux défis européens et internationaux

Le profil de Benoît Cœuré, président de l'Autorité de la concurrence depuis janvier 2022, se distingue de celui de ses prédécesseurs par une trajectoire internationale antérieure prestigieuse puisqu'il est ancien membre du directoire de la Banque centrale européenne, mais aussi car il est le premier économiste à accéder à cette fonction jusqu'alors monopolisée par les juristes. Aucune de ces deux caractéristiques n'est anecdotique. Il apporte à l'institution une nouvelle vision marquée par une sensibilité particulière aux enjeux macroéconomiques et à la dimension internationale de la régulation.

Son mandat s'ouvre dans un contexte où le paysage de la régulation concurrentielle européenne connaît une mutation d'une ampleur comparable à celle

des années 2000 : l'adoption du règlement sur les marchés numériques (Digital Markets Act) entré en application en 2023, redessine l'articulation entre droit de la concurrence classique et régulation *ex ante* des grandes plateformes. Dans ce nouveau cadre, le rôle du REC évolue. Si le règlement 1/2003 en demeure le socle, les nouveaux textes numériques confient à la Commission des pouvoirs d'application largement centralisés, tout en prévoyant des mécanismes de coopération avec les autorités nationales de concurrence des États membres. L'Autorité française, forte de l'expérience acquise depuis 2004 dans le traitement des pratiques des acteurs du numérique, y joue un rôle actif de conseil et de retour d'expérience.

C'est cependant sur le terrain international, à l'ICN et singulièrement à l'OCDE, que la contribution personnelle de Benoît Cœuré prend une dimension particulièrement significative. Le Comité de la concurrence de l'OCDE, créé en 1961, réunit les experts de concurrence de l'ensemble des pays membres et partenaires de l'Organisation ; il a pour mission d'améliorer l'efficacité de la mise en œuvre du droit de la concurrence, de promouvoir des réformes économiques pro-concurrentielles et de renforcer les synergies entre politique de concurrence et les autres domaines d'action de l'OCDE. Ce comité a été présidé pendant trente années, de 1994 à 2024, par l'économiste français Frédéric Jenny, ancien rapporteur général et vice-président du Conseil de la concurrence, dont l'action a considérablement façonné le rôle du Comité, en faisant un forum mondial de référence pour la convergence des politiques de concurrence.

Élu membre du Bureau du Comité en novembre 2022, Benoît Cœuré est désigné le 21 octobre 2024 par ses membres pour succéder à Frédéric Jenny à sa présidence. Cette élection est particulièrement significative car elle résulte d'une volonté des membres du Comité de placer à sa tête un chef d'autorité en exercice, le choix du président de l'Autorité française s'imposant alors naturellement, confirmant tant l'aura personnelle de Benoît Cœuré que la place singulière que l'institution française occupe dans la gouvernance mondiale de la concurrence.

Le programme de travail que Benoît Cœuré s'est fixé à la tête du Comité de la concurrence de l'OCDE porte notamment sur les enjeux liés à l'intelligence artificielle et plus généralement à la numérisation de l'économie, mais aussi la transition écologique et l'articulation entre politique de concurrence et politique industrielle. Ces thématiques recoupent très directement les débats actuels autour du droit européen de la concurrence, qu'il s'agisse de l'application du Digital Markets Act, des lignes directrices européennes sur les accords de durabilité, ou du débat sur l'autonomie stratégique et la politique de concurrence dans un contexte de subventions publiques massives accordées par certains pays tiers.

"Dans un monde de recomposition géopolitique et de montée des enjeux de souveraineté économique, [la présidence du Comité de la concurrence de l'OCDE] permet à la France et, à travers elle, à l'Europe, d'être au cœur des débats [...]."

Dans un monde de recomposition géopolitique et de montée des enjeux de souveraineté économique, cette présidence permet à la France et, à travers elle, à l'Europe, d'être au cœur des débats sur la manière dont ces tensions doivent être arbitrées au niveau multilatéral, avant même qu'elles ne soient traduites dans le droit dérivé européen.

Cette articulation permanente entre l'activité contentieuse nationale et l'investissement, au plus haut niveau, dans les enceintes qui définissent les standards européens et mondiaux de la politique de concurrence, s'inscrit dans la tradition de la pratique française depuis 2004.

Conclusion

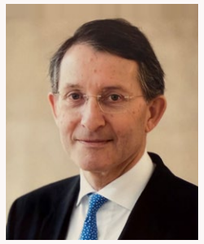
Pour conclure, plusieurs apports spécifiques de la pratique française au droit européen de la concurrence me semblent pouvoir être identifiés.

D'abord, une contribution doctrinale, à travers des décisions et avis qui ont souvent anticipé des évolutions ultérieures du droit européen. Les réflexions françaises sur les pratiques des plateformes numériques, sur le fonctionnement des marchés de la publicité en ligne ou sur les effets de réseau ont nourri, en amont, les discussions au sein du REC. L'expérience acquise par l'Autorité dans le traitement des engagements structurels, quasi-structurels et comportementaux, notamment dans les secteurs des télécommunications, a alimenté les échanges au sein du REC. Tel est également le cas dans des domaines comme les mesures conservatoires.

Ensuite, une contribution procédurale, à travers la participation active de l'Autorité française aux groupes de travail du REC consacrés à l'harmonisation des programmes de clémence, à la coopération dans les inspections simultanées et à l'échange de preuves entre autorités — autant de mécanismes qui, sans figurer dans le règlement 1/2003 lui-même, en ont rendu l'application plus opérationnelle au quotidien.

Enfin, une contribution en matière de gouvernance. Les nominations à la tête de l'Autorité française de personnalités fortes et respectées, qui ont su garantir l'indépendance et développer l'action contentieuse de l'Autorité en même temps qu'elles s'imposaient dans le concert européen et mondial des autorités de concurrence, ont permis à la vision française de la politique de concurrence de conquérir une place particulière et une capacité d'influence renforcée dans la construction collective des nouveaux standards du droit de la concurrence en Europe et dans le monde.

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



Alexander Italianer

Directeur général de la DG Concurrence de la Commission européenne de 2010 à 2015
et Secrétaire général de la Commission européenne de 2015 à 2018

Réflexions sur mon mandat à la tête de la DG Concurrence, de 2010 à 2015[1]

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

Autorité de la concurrence

De février 2010 à septembre 2015, j'ai exercé les fonctions de Directeur général de la Direction générale de la Concurrence (DG Concurrence) de la Commission européenne, sous l'autorité des commissaires Joaquín Almunia puis, pendant une période plus brève, Margrethe Vestager. Au moment de ma prise de fonctions, je venais d'achever un programme de formation de 14 mois qui m'avait permis de passer d'un profil marqué par ma participation à l'introduction de l'euro, à l'élargissement de l'Union européenne et aux initiatives en faveur d'une meilleure réglementation à celui d'un responsable jusque-là « outsider » dans le domaine de la politique de concurrence, mais relativement bien préparé à assumer cette lourde responsabilité. Nommé dès le début du mois de décembre 2008, ce n'est que lorsque ma compatriote Neelie Kroes, alors commissaire européenne à la Concurrence, a changé de portefeuille, au début du second mandat de la Commission Barroso, que j'ai pu accéder à cette fonction de direction, conformément aux règles de la Commission.

"À mon arrivée, j'ai repris l'un des fleurons, pour ne pas dire l'un des poids lourds, de la Commission européenne."

À mon arrivée, j'ai repris l'un des fleurons, pour ne pas dire l'un des poids lourds, de la Commission européenne. Mon prédécesseur, Sir Philip Lowe, avait mis à profit ses sept années et demie à la tête de la DG Concurrence pour bâtir une organisation particulièrement solide. À la suite des trois célèbres arrêts défavorables rendus au début des années 2000 par le Tribunal de première instance dans les affaires *Airtours, Schneider/Legrand* et *Tetra Laval*, il avait instauré une approche davantage fondée sur l'analyse économique dans l'application du droit de la concurrence, comme en témoigne la mise en place d'une équipe de 25 personnes placée sous la responsabilité d'un économiste en chef. Il avait également mis en œuvre, à la suite de l'adoption du règlement (CE) n° 1/2003, la réforme la plus importante du cadre européen de la concurrence depuis le début des années 1960, ce règlement ayant notamment introduit (i) un système d'autoévaluation afin de faire face à l'accumulation des notifications à traiter, dont le nombre devait augmenter de manière exponentielle après l'élargissement de 2004, avec, dans un premier temps, dix nouveaux États membres ; (ii) le principe d'une application décentralisée du droit de la concurrence, permettant aux autorités nationales de concurrence d'appliquer les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) parallèlement à leur droit national ; et (iii) la création du Réseau européen de la concurrence (REC), regroupant les autorités nationales de concurrence. Parallèlement, il avait transformé la structure verticale traditionnelle de la DG Concurrence en une organisation matricielle, favorisant les synergies sectorielles entre les différents instruments de la politique de concurrence ainsi qu'une utilisation plus efficace des ressources, dont le volume ne cessait de croître.

En effet, bien que la DG Concurrence disposât déjà d'effectifs importants en 2010 (environ 900 agents), elle était confrontée à des difficultés croissantes liées à une charge de travail considérable[2]. Si son organisation assurait un fonctionnement particulièrement efficace des mécanismes de contrôle et d'équilibre des pouvoirs, notamment grâce au rôle des unités de coordination, du conseiller-auditeur et du service juridique, elle n'en demeurait pas moins soumise à une forte pression opérationnelle. Celle-ci tenait notamment aux délais impératifs imposés dans certains domaines, tels que le contrôle des concentrations, mais aussi, parfois, à une baisse de motivation liée à la complexité du processus de validation des décisions. C'est notamment l'un des messages que j'ai entendus lors de mes petits-déjeuners hebdomadaires avec des agents récemment arrivés à la DG Concurrence. Beaucoup venaient du secteur privé, où les méthodes de travail étaient bien plus simples, puisqu'ils travaillaient directement avec l'associé responsable du dossier et le client. En outre, les agents de la DG Concurrence, en raison de leur bonne réputation, étaient souvent sollicités pour rejoindre d'autres directions générales. En conséquence, la DG Concurrence connaissait un taux de rotation des effectifs relativement élevé, les départs dépassant certaines années 15 % des effectifs. Au cours de mon mandat, j'estime qu'environ la moitié des effectifs a

dû être renouvelée. Cela dit, la qualité des agents était exceptionnellement élevée et je n'ai jamais eu le sentiment que ces mouvements affectaient la continuité ou la qualité de notre travail. Pour ma part, j'ai cherché, par divers moyens, à rationaliser l'organisation et à renforcer la motivation des agents. Alors que nos services étaient initialement répartis dans plusieurs immeubles de bureaux, nous avons rapidement regroupé nos équipes dans un seul et même bâtiment, la célèbre tour Madou. J'ai également développé la mobilité des agents et des cadres, tout en encourageant la prise en charge, dès le début de carrière, de fonctions de coordination, voire de gestion de dossiers. Afin de mieux assurer la continuité des activités, j'ai mis en place un système de gestion des connaissances sur l'intranet. À la suite d'une demande d'accès à des documents formulée par un ancien agent de la DG Concurrence, nous avons également publié une version publique du Manuel de procédures antitrust (*Antitrust Manual of Procedures*), contribuant ainsi à renforcer la transparence vis-à-vis des tiers. J'ai également œuvré, dans le cadre d'une démarche participative, à une meilleure définition des attentes des supérieurs hiérarchiques à l'égard de leurs collaborateurs, notamment en matière d'équilibre entre vie professionnelle et vie privée, un facteur essentiel du bien-être des agents. J'ai par ailleurs instauré un système de promotion fondé sur le mérite, accordant un rôle accru aux responsables hiérarchiques les plus proches des agents. Peut-être moins populaire, j'ai également mis en place un système de suivi du temps de travail, à l'instar de ce qui se pratique dans les cabinets d'avocats, non pas pour contrôler individuellement le temps de travail des agents, mais plutôt pour mieux comprendre comment nos ressources étaient réparties en fonction des priorités liées au traitement des dossiers.

Dans ce bref article, il serait trop long d'aborder tous les aspects de notre pratique en matière d'application des règles de concurrence, mais je voudrais en mentionner quelques-uns qui me paraissent particulièrement importants.

Avant mon arrivée, la Commission venait de rendre sa décision dans l'affaire *Intel*, infligeant une amende de 1,06 milliard d'euros. Cette décision revêtait une importance particulière, car elle était emblématique de la manière dont l'analyse économique s'était intégrée à la pratique décisionnelle en matière de pratiques d'éviction. Dans ses orientations de 2008-2009 relatives à ses priorités en matière de pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, la Commission avait annoncé qu'elle recourrait au critère du « concurrent aussi efficace » pour déterminer les priorités de son action. La décision Intel a adopté une approche particulière quant au rôle du critère du « concurrent aussi efficace ». Une longue série de décisions judiciaires rendues par la suite dans cette affaire (qui ont notamment annulé l'amende initiale), ainsi que dans d'autres affaires portant sur des pratiques d'éviction, telles que *Post Danmark I* et *II*, a finalement permis de clarifier la manière dont ce critère, et donc l'analyse économique, pouvaient jouer un rôle dans l'application de l'article 102. Cela a enfin permis à la Commission de préciser sa position quant au rôle à accorder à ce critère dans les affaires portant sur des pratiques présumées d'éviction, dans ses lignes directrices sur les pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, publiées en septembre 2026.

Un domaine dans lequel, au cours de mon mandat, la lutte contre les ententes et les abus de position dominante, mais aussi le contrôle des concentrations et l'application des règles en matière d'aides d'État, ont pris de l'importance concernait les conséquences, tant dans le secteur privé que, parfois, dans le secteur public, de la libéralisation des secteurs des réseaux et des services publics, tels que les marchés de l'électricité et du gaz, les télécommunications, les services aériens ou les transports publics. Sans citer les affaires individuelles bien connues, il s'agissait notamment de questions telles que les restrictions d'accès aux réseaux de gaz, aux infrastructures de télécommunications ou aux réseaux ferroviaires, jusque-là exploités en situation de monopole, les aides d'État en faveur de l'énergie nucléaire, les opérations de concentration faisant passer de quatre à trois le nombre d'opérateurs de télécommunications, ainsi que les diverses opérations de concentration et, parfois, les aides d'État destinées à maintenir à flot les compagnies aériennes nationales. Toutes ces affaires ont mis en évidence la complémentarité entre la libéralisation du marché unique et la politique de concurrence.

La complémentarité inverse, pour ainsi dire, a également joué. Certaines lacunes ou, tout simplement, les limites de l'application des règles de concurrence ont parfois conduit à l'adoption de nouvelles dispositions législatives relatives au marché unique. Cela s'est notamment illustré par le règlement sur les marchés numériques (*Digital Markets Act, DMA*), adopté en même temps que sont apparues de nombreuses affaires concernant les plateformes numériques, mais aussi par le règlement sur les commissions d'interchange (*Interchange Fee Regulation*), qui a transposé en droit ce qui relevait auparavant de décisions antitrust concernant les émetteurs de cartes bancaires. Après les nombreuses affaires relatives aux aides d'État destinées au sauvetage de banques privées et publiques, sous la forme de restructurations, de consolidations ou de procédures de résolution, ont été mis en place les pouvoirs de supervision bancaire de la Banque centrale européenne (BCE), le mécanisme de résolution unique et la directive relative au redressement et à la résolution des banques, dont le mécanisme de renflouement interne (*bail-in*) a étendu à un cadre général ce que nous avions fait au cas par cas dans le domaine des aides d'État.

> *"[Ces] affaires ont mis en évidence la complémentarité entre la libéralisation du marché unique et la politique de concurrence."*

Dans le domaine des ententes, la Commission avait modifié, au cours des années précédant mon arrivée, sa communication de 1996 sur la clémence afin d'inciter davantage les entreprises à demander le bénéfice de la clémence et à dénoncer les ententes. Du point de vue de l'application des règles de concurrence, il subsistait toujours une certaine incertitude quant à savoir si ce cadre serait suffisamment incitatif. Juste avant mon arrivée, la Commission avait également adopté une communication relative aux procédures de transaction dans les affaires d'ententes, en vertu de laquelle une réduction de 10 % de l'amende pouvait être accordée aux entreprises disposées à conclure une transaction dans ce type d'affaires. Au cours de mon mandat, cette possibilité a été fréquemment utilisée, ce qui a considérablement simplifié le traitement des affaires d'ententes et semble indiquer que le seuil de réduction de 10 % était approprié. Bien que distinct du dispositif de clémence, le mécanisme de transaction, combiné à ce dernier, a permis de mettre en place un cadre de traitement des affaires d'ententes à la fois gérable et relativement efficace. S'il vaut toujours mieux prévenir que guérir, cette efficacité est illustrée par le fait qu'entre le 1er janvier 2010 et le 30 juin 2015, un montant total d'environ 9 milliards d'euros d'amendes pour ententes a été infligé, avant ajustements. Cela dit, si de telles amendes pouvaient être considérées comme un moyen de dissuasion important pour les entreprises tentées de participer à des ententes, il demeurait difficile pour les victimes de ces pratiques d'obtenir réparation : elles devaient engager une procédure complexe en dommages et intérêts, lorsqu'une telle démarche était possible, souvent en partant de zéro. L'idée n'était pas de mettre en place un système de recours collectifs à l'américaine prévoyant des dommages-intérêts triples, mais plutôt un système visant à garantir une véritable indemnisation des préjudices subis. Nous avons donc présenté une proposition de directive, qui a été adoptée relativement rapidement par le législateur européen et en vertu de laquelle une infraction au droit européen ou national de la concurrence pourrait servir de preuve de l'existence d'une infraction dans le cadre d'une action en dommages et intérêts.

À la suite de la crise financière de 2008-2009, des voix se sont élevées pour réclamer un affaiblissement des pouvoirs des autorités de concurrence (faisant écho, d'une certaine manière, à l'exemption générale prévue par le *National Industrial Recovery Act* de 1933, dans le cadre du New Deal de Roosevelt, qui soustrayait les entreprises aux dispositions du *Sherman Act* et du *Clayton Act*). En conséquence, de nombreux responsables d'autorités nationales de concurrence se sont sentis sous pression, certains voyant même leurs ressources menacées. Alors que le règlement 1/2003 ne faisait qu'instituer le REC dans un considérant, sans apporter de précisions supplémentaires, j'ai pris l'initiative de

proposer au sein du REC l'adoption, fin 2010, d'une résolution intitulée « Les autorités de concurrence dans l'Union européenne : la nécessité persistante d'institutions efficaces » (*Competition authorities in the European Union – the continued need for effective institutions*). Par la suite, les autorités nationales de concurrence ont convenu de travailler ensemble afin de cerner les atouts et les faiblesses de leurs institutions, posant ainsi les bases analytiques de la directive ECN+, en vertu de laquelle les États membres devaient garantir aux autorités nationales de concurrence une indépendance suffisante, des ressources adéquates et des moyens d'action efficaces. La nécessité d'une coopération étroite entre les autorités de concurrence dépassait largement le cadre européen. Les réunions régulières au sein du Comité de la concurrence de l'OCDE constituaient un forum très utile pour examiner les évolutions récentes et, dans la mesure du possible, élaborer des instruments de coopération efficaces. Je garde un excellent souvenir de la coopération très ouverte et franche entre les principales autorités, notamment avec Bruno Lasserre pour la France, au sein des instances du Comité. Ce forum était complété, à l'échelle mondiale, par l'International Competition Network (ICN), une initiative informelle lancée en 2001 par 14 autorités de concurrence et qui compte aujourd'hui quelque 140 autorités issues d'environ 130 juridictions. L'ICN est devenu un lieu d'échange et d'élaboration d'outils de formation et de coopération, tous destinés à servir un même objectif : favoriser la prospérité et le bien-être grâce à des mécanismes garantissant une concurrence équitable entre les acteurs du marché.

1 Article rédigé en anglais et traduit en français.

2 Il m'a été indiqué qu'entre le 1er janvier 2010 et le 30 juin 2015, plus de 6 000 décisions émanant de la DG Concurrence avaient été adoptées, dont environ 60 dans le cadre d'affaires d'ententes et d'abus de position dominante, 1 500 en matière d'opérations de concentration et près de 4 500 en matière d'aides d'État.

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 ».

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



Marc van der Woude

Président du Tribunal de l'Union européenne de 2019 à 2026

L'Autorité de la concurrence : une autorité française et européenne

DGCCRF
Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

Autorité de la concurrence

L'année 2026 est une année importante pour le droit de la concurrence en France, car elle marque deux anniversaires, d'abord, celui de l'ordonnance de 1986, par laquelle le droit de la concurrence français s'est aligné en large mesure sur le modèle des articles 85 et 86 du traité CEE, et, ensuite, celui de la création de l'Autorité de la concurrence en 2009, par la loi sur la modernisation de l'économie, qui a permis à l'autorité française de trouver la place qu'elle occupe à présent dans le réseau d'autorités de concurrence nationales, le « European Competition Network » (ECN). Dans une ère dans laquelle le projet européen peine à enthousiasmer le grand public, il n'est pas sans intérêt de souligner que ces anniversaires sont importants, non seulement pour la France, mais également pour l'Europe, car ils reflètent l'existence de deux phénomènes d'intégration auxquels les auteurs des traités n'avaient probablement pas pensé.

Le premier est celui de l'alignement volontaire du droit national sur le droit de l'Union. Hormis les contraintes pratiques que la jurisprudence de la Cour de justice imposait aux États membres, lorsque leurs autorités appliquaient concomitamment les droits national et européen de la concurrence, aucune disposition de droit européen n'obligeait formellement les États membres à adapter leur droit national au modèle communautaire[1].

"Ces anniversaires sont importants, non seulement pour la France, mais également pour l'Europe, car ils reflètent l'existence de deux phénomènes d'intégration auxquels les auteurs des traités n'avaient probablement pas pensé."

Cette harmonisation spontanée du droit de la concurrence, initiée par la France et suivie par la quasi-totalité des États membres, ne découle d'aucun oukaze bruxellois, mais s'explique par l'intérêt bien compris des États membres de ne pas soumettre leurs entreprises à des règles différentes dans un grand marché intérieur dans lequel les frontières et, partant, la protection qu'elles peuvent procurer étaient censées disparaître.

Dès lors que la concurrence locale, nationale et européenne devenait un continuum, il devait logiquement en aller de même pour le cadre juridique dans lequel elle s'exerce. Dix-huit ans après l'adoption de l'ordonnance de 1986, ce cadre a été codifié par l'article 3 du règlement 1/2003, entré en vigueur en 2004.

Le second phénomène lié au premier, concerne la coopération entre les autorités de concurrence nationales. Alors que leur rôle sous l'empire de l'ancien règlement 17 se limitait à la participation aux enquêtes menées par la Commission et au comité consultatif, le régime actuel prévoit, à son article 11, un véritable partage de tâches, non seulement entre la Commission et les autorités nationales, mais également entre celles-ci. De plus, une autorité nationale peut être appelée à prêter assistance à un autre membre du réseau, notamment par des échanges d'informations ou, encore, en organisant des inspections sur son territoire au nom et pour le compte d'une autre autorité.

S'il est vrai que la Commission elle-même reste active en tant qu'autorité de surveillance, son rôle se transforme lentement vers celui de coordinateur de réseau. Les statistiques publiées par la Commission sur l'activité de l'ECN démontrent que le centre de gravité dans la mise en œuvre du droit de la concurrence harmonisé, se situe dorénavant au niveau national. Selon ces chiffres, l'autorité française s'avère être un des membres les plus actifs du réseau, ensemble avec les autorités italiennes, espagnoles et allemandes. Cette contribution à la mise en œuvre d'un droit commun n'est pas seulement importante d'un point de vue quantitatif, mais également sous l'angle qualitatif. En effet, l'autorité française a pris un rôle de précurseur dans le domaine numérique.

Lentement, mais sûrement, l'ECN se transforme d'une association de coopération souple et informelle vers un réseau plus uniforme et coordonné.

Si les références à l'existence de l'ECN se limitent à des allusions à un « réseau » dans les considérants du règlement 1/2003, le nom communément donné à la directive (UE) 2019/1, à savoir la Directive ECN+,

ne peut être plus explicite[2]. De plus, l'article 33 de celle-ci prévoit même que le réseau se dote d'un budget.

Si l'ECN devient ainsi une réalité administrative réelle, son action demeure diffuse et peu transparente pour le monde extérieur et notamment pour les assujettis au droit de la concurrence, les entreprises. En effet, celles-ci peuvent être confrontées à une allocation relativement opaque de tâches au sein du réseau. Dans certains cas, ce partage de travail peut même forcer une entreprise à devoir se défendre devant plusieurs autorités, comme ce fut le cas par exemple dans l'affaire *Amazon* dans laquelle l'autorité italienne était responsable du traitement du volet italien de la pratique contestée, alors que la Commission se chargeait des aspects pan-européens restants. La Cour de justice a estimé que la décision répartissant ainsi le travail au sein du réseau n'était qu'un acte préparatoire et qu'il ne saurait donc être contesté devant le juge de l'Union[3].

"On peut se demander si l'européanisation des autorités ne devrait pas à terme s'accompagner d'une coopération plus poussée au niveau du contrôle juridictionnel."

S'il est vrai que l'accès au juge reste garanti, tant au niveau national qu'européen, pour contester la décision finale et qu'il est ainsi satisfait aux exigences d'une protection juridictionnelle adéquate imposées par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, il n'en demeure pas moins que la répartition des tâches peut impliquer en pratique qu'une entreprise est appelée à se défendre sur plusieurs fronts et, éventuellement, que plusieurs autorités la poursuivent pour un comportement qui ne constitue, en fin de compte, qu'une seule infraction. De plus, une entreprise établie dans un État membre peut se voir opposer une décision prise par une autorité d'un autre État membre[4].

Hormis les interrogations que cet état de fait peut susciter au regard des exigences de la Charte, se pose une question plus générale, qui concerne l'émiettement ou la fragmentation du contrôle juridictionnel des décisions informelles prises au sein de l'ECN. Si les membres du réseau opèrent étroitement ensemble au niveau européen, ce contrôle reste, à ce stade, organisé à l'échelle nationale, chaque juridiction contrôlant sa propre autorité. On peut se demander si l'européanisation des autorités ne devrait pas à terme s'accompagner d'une coopération plus poussée au niveau du contrôle juridictionnel.

Une telle évolution serait en phase avec les développements constatés au niveau d'autres réseaux de régulateurs, tels que l'ACER dans le domaine de l'énergie dont les décisions de coordination peuvent être attaquées devant le Tribunal de l'Union européenne, la Banque centrale européenne qui coordonne les réseaux des autorités de surveillance bancaires ou encore le Comité européen pour la protection des données lorsqu'il encadre les activités des autorités chargées de la protection des données[5].

Il est peu probable que le contrôle juridictionnel sur l'ECN et ses membres s'aligne sur le modèle appliqué à d'autres réseaux de régulateurs. La question se pose cependant et on peut espérer qu'elle aura trouvé sa réponse lors du trentième anniversaire de l'autorité de concurrence. Dans l'attente, satisfaisons-nous de fêter allègrement les quarante ans de l'ordonnance de 1986.

1 Voir notamment, Walt Wilhelm, C-14/68, 25 juillet 1968.

2 Directive (UE) 2019/1 du Parlement 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, JO 2019 L 11/3.

3 Amazon c. Commission, C-815/21 P, 20 avril 2023.

4 Booking, C-264/23, 19 septembre 2024.

5 Voir pour ces deux derniers domaines par exemple affaires Berlusconi, C-219/17, 19 décembre 2018, et WhatsApp, C-97/23 P, 10 février 2026.

THÈME 3

Le juge face au droit de la concurrence

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



Jacques Boulard

Premier président de la Cour d'appel de Paris

La cour d'appel de Paris, au cœur du dispositif français 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 relative à la liberté des prix et de la concurrence a posé les fondements d'une modernisation du droit français de la concurrence. Elle a confié à une autorité administrative indépendante, le Conseil de la concurrence, devenu depuis l'Autorité de la concurrence, le pouvoir de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles. Quelques mois plus tard, en 1987, sous l'impulsion de Pierre Drai, le législateur a attribué à la cour d'appel de Paris une compétence nationale pour statuer sur les recours formés contre les décisions de cette nouvelle autorité.

La loi a ainsi unifié, sous l'autorité de la Cour de cassation, l'ensemble de ce contentieux spécifique et le Conseil constitutionnel a admis, dans sa décision du 23 janvier 1987[1], que cet aménagement des règles de compétence était justifié par les nécessités d'une bonne administration de la justice afin d'éviter ou de supprimer les divergences susceptibles d'apparaître dans l'application et l'interprétation de ce droit.

"[L'office des juges] est soumis à deux mouvements de fond qui lui confèrent une dimension particulière : l'européanisation et la fondamentalisation du droit de la concurrence."

En dépit de la multiplication des procédures et des acteurs, le législateur n'a cessé, depuis lors, de conforter et de renforcer la place de la cour d'appel de Paris au cœur de ce dispositif.

De nouvelles compétences nationales lui ont ainsi été attribuées : en 2001, pour le contentieux de l'indemnisation des préjudices résultant de pratiques anticoncurrentielles notamment[2] ; en 2008, pour celui des pratiques restrictives de concurrence[3]. La cour contribue de la sorte à façonner, sous le contrôle de la Cour de cassation, tant le droit des pratiques anticoncurrentielles que celui des pratiques restrictives de concurrence.

Les pouvoirs du premier président de la cour d'appel de Paris se sont accrus dans le même mouvement, l'attribution de compétences nationales étant allée de pair avec l'ouverture de nouveaux recours.

Le premier président de la cour d'appel, ou son délégué, connaît ainsi seul des demandes de sursis à exécution des décisions du Conseil de la concurrence, puis de l'Autorité de la concurrence[4]. Il statue également, au cours de l'instruction, sur les recours en matière de visites et saisies[5], ouverts à la suite de l'arrêt Ravon et autres c. France rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 21 février 2008[6].

Il connaît en outre des recours relatifs à la protection du secret des affaires[7]. Il est enfin saisi, depuis peu, des appels en matière de confidentialité des consultations des juristes d'entreprise[8].

À travers ces compétences, la cour d'appel de Paris veille à la cohérence de chacune des branches de ce droit, alors même que les procédures, tournées, pour les unes, vers la sanction des atteintes au marché ou des déséquilibres contractuels, et pour les autres, vers la réparation d'un préjudice, n'obéissent pas aux mêmes temporalités et poursuivent des objectifs différents.

À la confluence des droits et des procédures, la cour d'appel de Paris joue ainsi un rôle de premier plan, qu'il s'agisse du droit des marchés concurrentiels ou du rééquilibrage des relations économiques.

Cette responsabilité accrue transforme l'office des juges qui composent la cour. Cet office est soumis à deux mouvements de fond qui lui confèrent une dimension particulière : l'européanisation et la fondamentalisation du droit de la concurrence.

Dans la plupart des contentieux concurrentiels, le droit français et le droit de l'Union européenne s'appliquent désormais cumulativement. L'article 3 du règlement (CE) n° 1/2003[9] impose d'ailleurs l'application du droit de l'Union dès lors que le droit national de la concurrence est appliqué à des pratiques susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. La Commission européenne souligne, pour sa part, dans sa communication relative à la coopération avec les juridictions nationales, la fonction essentielle que remplissent celles-ci dans l'application des règles européennes.

Décliner les principes de primauté et d'effectivité du droit de l'Union suppose donc, pour les juges, d'en maîtriser parfaitement les notions, de suivre l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice et d'articuler de manière cohérente règles françaises et européennes, afin d'assurer l'application efficace des règles européennes de concurrence.

Au dialogue nécessaire avec les autorités et les institutions s'ajoute un dialogue des juges, qui dépasse les frontières nationales et ne se limite pas aux échanges avec la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel. Il passe notamment par les questions préjudicielles, qui permettent d'interroger directement la Cour de justice de l'Union européenne, gardienne de l'interprétation uniforme des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui dit le droit. La cour d'appel de Paris s'inscrit pleinement dans ce dialogue, comme l'illustre la question qu'elle a posée le 1er juillet 2021 dans l'affaire *Towercast*[10], en matière de contrôle des concentrations. Cette saisine a donné lieu à un arrêt remarqué du 16 mars 2023, particulièrement structurant pour l'ensemble des juges européens.

Ce dialogue des juges, pilier de la construction européenne et condition de l'unité du droit de l'Union, doit être constamment nourri.

Le second mouvement tient à l'exigence croissante de protection des droits et libertés fondamentaux, qui irrigue désormais le droit de la concurrence.

À mesure que les autorités de la concurrence se voient dotées de pouvoirs d'enquête et de sanction étendus, dont l'exercice a un effet économique immédiat sur la valeur des entreprises, s'impose la nécessité, propre à un État de droit, d'un contrôle renforcé du respect des droits et libertés fondamentaux. Le contrôle de pleine juridiction exercé par la cour participe de cette fondamentalisation et appelle une vigilance accrue du juge, investi de nouvelles compétences.

Le juge doit ainsi veiller au respect du socle commun des garanties du procès équitable : effectivité des droits de la défense et du principe de la contradiction, exigences d'indépendance et d'impartialité, contrôle de proportionnalité. Les sanctions prononcées revêtant un caractère punitif, il doit également s'assurer du respect des principes applicables à la matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme : légalité des délits et des peines, règle *non bis in idem*, respect de la vie privée et de la correspondance, droit d'être jugé dans un délai raisonnable.

La protection des droits de la défense et les procédures relatives au secret des affaires en offrent une illustration. La loi du 23 février 2026 confie en outre au premier président de la cour d'appel, saisi en appel des ordonnances du juge des libertés et de la détention, le soin de statuer sur la confidentialité des consultations des juristes d'entreprise appréhendées lors d'une opération de visite conduite dans le cadre d'une procédure administrative, voire obtenues dans l'exercice du droit de communication.

Trois chambres spécialisées du pôle commercial de la cour traitent ces contentieux complexes, souvent de compétence nationale et porteurs d'enjeux multiples. La chambre 5-7 connaît des recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence ; la chambre 5-4, du contentieux des pratiques anticoncurrentielles directement porté devant les juridictions judiciaires, des pratiques restrictives de concurrence et des actions indemnitaires ; la chambre 5-15, du contentieux des opérations de visite et saisie diligentées par l'Autorité de la concurrence et par la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), des sursis à exécution et de la protection du secret des affaires. D'autres chambres du pôle commercial, ainsi que les chambres des référés, connaissent plus ponctuellement de ce contentieux, notamment en matière de rupture brutale de relations commerciales établies et d'autres pratiques restrictives.

Les magistrats qui composent ces chambres, généralement recrutés sur des postes profilés, sont très expérimentés ; la qualité de leur travail et la force de leur engagement méritent d'être saluées. Deux assistants de justice économistes accompagnent en outre les juges des chambres 5-7 et 5-4, car le droit de la concurrence ne peut plus être appliqué sans une compréhension fine des mécanismes économiques.

La cour souhaiterait toutefois pouvoir faire davantage, afin de mieux concilier les délais de jugement avec les contraintes de la vie économique.

Les défis de la prochaine décennie sont en effet nombreux, dans un droit en constante mutation.

À cet égard, l'européanisation du droit de la concurrence interroge la place que la cour d'appel de Paris entend occuper sur la scène européenne. Le contentieux de la réparation des dommages résultant de pratiques anticoncurrentielles devient un enjeu d'attractivité, dans un contexte de *forum shopping* marqué par la montée en puissance du for néerlandais, la volonté du for britannique de maintenir sa position et des ambitions allemandes clairement affirmées.

"Le contentieux de la réparation des dommages résultant de pratiques anticoncurrentielles devient un enjeu d'attractivité [...]."

Ces enjeux doivent constituer une priorité et appellent un renforcement des mécanismes de coopération judiciaire transnationale.

Quarante ans après l'ordonnance du 1er décembre 1986, la cour d'appel de Paris demeure ainsi fidèle à l'ambition qui avait conduit le législateur à lui confier ce contentieux : garantir l'unité et la cohérence du droit de la concurrence, dans le respect des droits fondamentaux, tout en faisant entendre sa voix dans l'espace judiciaire européen.

1 Cons. const., décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, cons. 17 et 18.
2 Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques et décret n° 2005-1756 du 30 décembre 2005.
3 Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et le décret n° 2009-1384 du 11 novembre 2009 relatif à la spécialisation des juridictions en matière de contestations de nationalité et de pratiques restrictives de concurrence.
4 Loi n° 87-499 du 6 juillet 1987 transférant le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence à la juridiction judiciaire.
5 Ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence ; C. com., art. L. 450-4.
6 CEDH, 21 février 2008, Ravon et autres c. France, req. n° 18497/03.
7 Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle ; C. com., art. L. 464-8-1.
8 Loi n° 2026-122 du 23 février 2026 relative à la confidentialité des consultations des juristes d'entreprise.
9 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 (devenus articles 101 et 102 TFUE).
10 CA Paris, 1er juillet 2021, RG n° 20/04300 ; CJUE, 16 mars 2023, Towercast, aff. C-449/21.

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



Carla Deveille-Fontinha

Ex-sous-directrice du droit de la concurrence, du droit de la consommation et des affaires juridiques à la DGCCRF

Magistrate

Quelle contribution de l'autorité judiciaire au droit de la concurrence ?

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

Autorité de la concurrence

Introduction

L'anniversaire des quarante ans de l'ordonnance de 1986, qui a créé une autorité de concurrence nationale dont la place et le rôle sont désormais établis, est l'occasion de s'interroger sur la contribution judiciaire au droit de la concurrence.

Cette étude n'a pas de vocation exhaustive, mais tend à souligner les avancées et la place prise peu à peu par l'autorité judiciaire, à côté de celle de l'Autorité de la concurrence, dans un dialogue toujours plus nourri.

L'approche ici retenue est celle de l'évolution du rôle de l'autorité judiciaire dans les procédures contentieuses, qui, en passant d'autorité de contrôle de la légalité, à celui de contrôle de plein contentieux, s'est affirmée - en clarifiant les pratiques - comme la garante des droits et libertés fondamentaux.

Du contrôle de la légalité au plein contentieux : l'affirmation progressive des pouvoirs du juge

La cour d'appel de Paris est la seule cour d'appel de France dotée d'une compétence exclusive pour réviser les décisions de l'Autorité de la concurrence. Cela lui confère une responsabilité particulière qu'elle a depuis 1986 peu à peu pleinement endossée sous l'impulsion de la Cour de cassation.

En effet, depuis la loi n° 87-499 du 6 juillet 1987 (article 1er, II), la cour d'appel de Paris dispose du pouvoir d' annuler et de réformer les décisions rendues par l'Autorité sous le contrôle de la Cour de cassation. Une chambre spécialisée de cette cour a été mise en place pour exercer cette mission.

La mise en place d'une autorité de contrôle des décisions de l'Autorité : la cour d'appel de Paris

La première chambre de la cour d'appel de Paris a été initialement désignée pour suivre ce contentieux. Puis dès 2009, la chambre 5-7 a été créée pour répondre à ces nouveaux enjeux, parallèlement au développement de procédures négociées visant à en accélérer le traitement.

Les enjeux judiciaires liés à la création d'une chambre spécialisée

Le métier de juge économique est certes un « choix éclairé[1] » mais pour que l'autorité judiciaire soit à la hauteur des enjeux, il fallait lui en donner les moyens. Ainsi, sous la présidence de Chantal Arens un contrat d'objectifs a été signé avec la Chancellerie visant à mettre des moyens supplémentaires à disposition du pôle économique de la cour.

> *"L'acculturation des juges aux théories de l'analyse économique devient un prérequis pour choisir les magistrats spécialisés [...]."*

Les juges nommés en cette chambre seront désormais choisis en fonction de profils économiques.

L'acculturation des juges aux théories de l'analyse économique devient un prérequis pour choisir les magistrats spécialisés qui y officient. Il arrive, en effet, que des magistrats autrefois passés par l'Autorité rejoignent la cour et inversement.

Face au développement en parallèle des procédures négociées

Comme le soulignent Mélanie Thill-Tayara et Laurence Bary[2], la création en 1987 d'un degré supplémentaire de juridiction postérieurement à la décision de l'Autorité a conduit à allonger les délais de traitement de ces procédures.

Alors, s'est mis en place, au sein des autorités de concurrence, un mouvement visant à développer le recours aux procédures négociées, afin de faire échapper certaines de ces affaires au juge : la transaction et les procédures d'engagements. Le développement de ces procédures a donc nécessairement limité le champ de la discussion devant lui, qui ne porte plus que sur la proportionnalité des sanctions.

Il est à noter, toutefois, que la chambre commerciale de la Cour de cassation vérifie que les droits de la défense aient été respectés, comme ce fut le cas dans l'affaire dite du cartel des compotes[3].

L'appropriation de ses prérogatives, sous le contrôle de la Cour de cassation

Après ce que d'aucuns pourraient qualifier de période de « réticences » à prendre la pleine mesure de « l'arsenal judiciaire à sa disposition » – essentiellement avant 2015 –, l'autorité judiciaire a ensuite endossé un rôle primordial. Elle est passée d'un office, cantonné dans les premières décisions, à celui d'autorité de contrôle de la légalité, à l'exercice du plein contentieux.

Un contrôle initialement cantonné à la seule légalité des décisions de l'Autorité

Bien que dès 1987 (cf. *supra*), le code de commerce ait prévu la possibilité pour les décisions de l'Autorité de faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation, ce n'est que progressivement que la cour d'appel de Paris s'est appropriée ce contentieux, sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui a joué un rôle majeur dans le changement de positionnement de la cour d'appel de Paris.

Elle a en effet jugé dès le 24 mars 1980, dans un arrêt de principe (hors régulation économique), que la cour d'appel qui annule la décision qui lui est déférée doit se prononcer, en vertu de l'effet dévolutif, sur le fond de l'affaire et lui substituer sa propre décision[5].

La Cour de cassation a d'abord considéré en matière de régulation que cette obligation résultait du pouvoir d'évocation du juge et de l'effet dévolutif de l'appel, concepts du droit civil, résultant des articles 561 et 562 du code de procédure civile.

Elle a ainsi, dans un arrêt du 31 janvier 2006[6], partiellement cassé pour violation de la loi un arrêt de la première chambre civile de la cour d'appel en date du 16 novembre 2004, au motif qu'après avoir annulé la décision du Conseil de la concurrence en raison de la participation du rapporteur et du rapporteur général au délibéré, cette dernière avait renvoyé à ce même Conseil l'examen des griefs notifiés, alors qu' « *elle était tenue de statuer en droit sur les demandes des parties* ».

La mise en place d'un contrôle de plein contentieux

Dès l'arrêt du 23 juin 2004, statuant sur le recours intenté contre une décision de l'Autorité des marchés financiers (AMF), la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que « *c'est à bon droit que la cour d'appel, après avoir exactement énoncé qu'elle était saisie d'un recours de plein contentieux, a retenu qu'il lui appartenait, après avoir annulé la décision, de se prononcer sur le fond de l'affaire qui lui était soumise* »[7].

Ce faisant, elle se fondait désormais sur la notion de « recours de plein contentieux » plus large, lui permettant de substituer sa propre décision à celle de l'Autorité.

Plus tard, des arrêts intervenus en droit de la concurrence consacraient le même principe pour le contrôle des décisions de l'Autorité. La Cour de cassation rappelant que, lorsqu'elle réforme l'une de ses décisions, la cour d'appel est tenue de vérifier elle-même la licéité des pratiques mais a le devoir de renvoyer l'affaire à l'instruction de l'Autorité, si elle n'est pas en mesure d'y procéder elle-même[8].

"Ce contrôle plein et entier permet à l'autorité judiciaire de mettre en œuvre "une politique de la régulation" complémentaire à celle de l'Autorité [...]."

Ce contrôle plein et entier permet à l'autorité judiciaire de mettre en œuvre « une politique de la régulation » complémentaire à celle de l'Autorité, pour clarifier les pratiques et s'assurer du respect des droits et libertés fondamentaux, dont elle est la garante.

L'autorité judiciaire, entre clarification des pratiques sanctionnées et garantie des droits fondamentaux

Cette évolution du rôle de l'autorité judiciaire a été marquée d'arrêts substantiels, qui ont permis de façonner – sous le contrôle de la CJUE[10] – l'application concrète des règles de concurrence, s'agissant tant de décisions structurantes rendues à propos des critères à retenir pour sanctionner les pratiques anticoncurrentielles dans le respect des garanties procédurales, que du respect des principes fondamentaux dans les sanctions appliquées.

La clarification des pratiques et le respect des garanties procédurales

À travers quelques exemples, il est vérifié que ce contrôle porte tant sur la clarification des pratiques, la charge de la preuve et leur imputabilité, que sur les garanties procédurales et l'office du juge.

La qualification des pratiques sanctionnées, la charge de la preuve et l'imputabilité

Dans un arrêt du 24 septembre 2025[11], la Cour de cassation a rappelé que le juge doit interpréter strictement la notion de restriction par objet, qui ne peut être appliquée qu'à certains types de coordination entre entreprises, révélant un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour que l'examen de leurs effets ne soit pas nécessaire. Pour l'établir, il convient d'examiner la teneur de l'accord, le contexte économique dans lequel il intervient et les buts poursuivis à l'égard de la concurrence.

S'agissant encore de la caractérisation des pratiques, avec l'arrêt *Pierre Fabre*[12], sous l'impulsion de la CJUE[13], la cour d'appel a ainsi posé le principe selon lequel l'interdiction générale et absolue de vendre sur internet au sein d'un réseau de distribution sélective constitue une restriction de concurrence par objet.

Dernièrement, la cour d'appel a également clarifié le critère de l'abus par contournement de la loi en sanctionnant le fait, pour une plateforme *ultra* dominante, d'imposer des conditions de transaction unilatérales et de refuser de négocier de bonne foi la rémunération des contenus partagés[14].

S'agissant de la preuve, la Cour de cassation a rejeté des recours et entériné la pratique de la méthode du faisceau d'indices graves, précis et concordants pour établir une pratique anticoncurrentielle dès le début des années 2000[15].

La cour d'appel de Paris[16] a également précisé les standards probatoires applicables aux échanges d'informations stratégiques entre concurrents et a jugé que la simple participation à une réunion, au cours de laquelle sont abordés des prix futurs, constitue une pratique anticoncurrentielle, à moins que l'entreprise soupçonnée ne démontre s'en être publiquement distanciée, conformément à la jurisprudence de la CJUE.

S'agissant de l'imputabilité des manquements et des entités susceptibles de recevoir le passif anticoncurrentiel, la Cour de cassation a ainsi validé, la responsabilité d'une société-mère pour les agissements de sa filiale[17] ; ou encore qu'une société qui exploitait l'entreprise au moment des pratiques anticoncurrentielles[18] reste tenue, malgré une scission, de la charge financière des amendes infligées pour des pratiques commises avant l'opération.

L'office du juge face aux garanties procédurales : le principe du contradictoire et les droits de la défense

Dans un arrêt *Canal +*[19], la chambre commerciale de la Cour de cassation, qui exerce un contrôle strict, a dit pour droit que si le juge du recours exerce un plein contrôle des appréciations de l'Autorité de la concurrence, il ne peut toutefois y substituer sa propre appréciation économique de manière arbitraire.

En matière de droits de la défense, l'arrêt *Apple* de la chambre commerciale du 13 mai 2026[20] a précisé l'étendue du principe du contradictoire en refusant de considérer que porte atteinte à ce principe, à celui d'égalité des armes, ou de la loyauté de la preuve, le fait, pour l'Autorité, de se fonder sur des pièces annexées à la procédure, mais qui n'y avaient pas été mentionnées.

Le respect des principes fondamentaux dans les sanctions appliquées

Les sanctions prononcées par l'Autorité de la concurrence peuvent être très élevées, ce qui justifie que la légalité en soit contrôlée, tant au regard du principe de proportionnalité que de celui de l'individualisation de la sanction.

Au regard du principe de l'individualisation de la sanction

La Cour de cassation a exclu depuis l'affaire des parfums[22] que les décisions de sanction puissent se baser uniquement sur un calcul forfaitaire.

Depuis, les recours fondés sur cet argumentaire sont systématiquement rejetés. La cour d'appel confirme régulièrement les décisions de l'Autorité et juge que des situations différentes peuvent recevoir un traitement différent, chaque sanction devant être déterminée individuellement et dûment motivée[23].

Au regard du principe de proportionnalité

Sur ce point la Cour de cassation juge que la fixation des amendes par l'Autorité doit obéir au principe de proportionnalité prévu par l'article L. 464-2, I. du

code de commerce et de l'article 8 de la DDHC. Elle a cependant précisé que la cour d'appel, qui assure ce contrôle, n'est pas tenue, contrairement à l'Autorité, de suivre la méthode de détermination des sanctions établie par le communiqué de sanctions[24].

Conclusion

Quarante ans est sans conteste un âge de maturité et de responsabilité pour l'Autorité de la concurrence, marqué par une intense activité décisionnelle et des sanctions lourdes. Cette puissance sanctionnatrice a, dans un État de droit, nécessairement engendré une jurisprudence foisonnante.

Par ailleurs, en droit pénal de la concurrence, il est noté que le juge judiciaire a entamé, avec l'affaire *Paprec*[25], un mouvement d'alignement de ses propres sanctions, sous l'impulsion du parquet national financier.

Cette évolution, véritable changement de paradigme, est susceptible d'avoir des incidences sur le long terme, avec la recherche d'une plus grande coordination entre ces autorités, à l'instar de celle existant avec l'Autorité des marchés financiers. Une question à résoudre, sans doute, au cours des quarante prochaines années.

1 Selon Guy Canivet.

2 « *Évolution du contrôle de la Cour d'appel de Paris sur les décisions de l'Autorité de la concurrence : Passé, présent et futur* », Mélanie Thill-Tayara et Laurence Bary, in *New Frontiers of Antitrust* (Paris, 14 juin 2019), contributions au colloque, publiées dans *Concurrences*, n° 91855.

3 Cass. Com., 24 juin 2020, n° 17-28.115.

4 « *Évolution du contrôle de la Cour d'appel de Paris sur les décisions de l'Autorité de la concurrence : Passé, présent et futur* » précité, § 4 à 12.

5 Cass. Com., 24 mars 1980, n° 78-14.180 : Bull. civ., n° 139.

6 Cass. Com., 31 janvier 2006, n° 04-20.360, Inédit.

7 Cass. Com., 23 juin 2004, n° 02-17.936, SA Olitec.

8 Cass. Com., 26 février 2008, n° 07-14.126 ; Cass. Com. 22 novembre 2016, n° 14-28.224, Euro Cargo Rail.

9 « *Propos généraux sur les régulateurs et les juges* », Guy Canivet, in *La régulation économique : légitimité et efficacité*, sous la direction de Marie-Anne Frison-Roche, Presses de Sciences Po, p. 184-193.

10 Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

11 Cass. Com., 24 septembre 2025, n° 23-13.733.

12 CA de Paris, 31 janvier 2013, RG n° 2008/23812.

13 V. CJUE, 13 octobre 2011, Pierre Fabre dermo-cosmétique, C-439/09.

14 CA de Paris, 8 octobre 2020, RG n° 20/08071.

15 V. par ex. Cass. Com., 23 juin 2004, n° 01-17896.

16 CA de Paris, 5-7, 16 novembre 2023, RG n° 20/03434.

17 Cass. Com., 18 octobre 2017, n° 16-19.120.

18 Cass. Com., 20 mars 2024, n° 22-11.648.

19 Cass. Com., 25 septembre 2024, n° 23-13.067, § 34.

20 Cass. Com., 13 mai 2026, n° 22-22.623, Apple.

21 L'article L. 464-2 du code de commerce prévoit une sanction jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires mondial.

22 Cass. Com., 18 septembre 2012, n° 12-14.401.

23 Par ex. CA de Paris, 7 mars 2024, n° 20/13093.

24 Cass. Com., 8 janvier 2025, n° 22-22.160.

25 24e CJIP, conclue le 10 février 2025 entre le PNF et la société Paprec. Une amende 17 538 990 euros a été prononcée.

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

DGCCRF
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].*

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



Bertrand Gouarin

Président de la chambre 5-4 de la Cour d'appel de Paris

Réparer et réguler ou les promesses tenues de l'ordonnance du 1er décembre 1986

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

Autorité de la concurrence

Au carrefour du droit et de l'économie, le droit de la concurrence est un droit en mouvement. Dans son histoire, débutée avec la loi Le Chapelier de 1791, l'ordonnance du 1er décembre 1986 marque un tournant libéral du droit français de la concurrence. L'économie de marché s'est alors trouvée confortée par la libéralisation des prix mais s'est également vue régulée par la création du Conseil de la concurrence et la sanction des pratiques anticoncurrentielles et restrictives de concurrence, qui tendent à protéger le processus de concurrence par les mérites et l'équilibre entre les partenaires dans leurs relations.

À 40 ans, l'ordonnance du 1er décembre 1986, texte fondateur du droit français de la concurrence contemporain, est désormais dans le bel âge, celui du bilan et des perspectives, ce qui conduit à s'interroger plus particulièrement sur deux objectifs majeurs du droit français de la concurrence, que sont la réparation des préjudices résultant des pratiques anticoncurrentielles et la régulation des relations commerciales par le développement du contrôle des pratiques restrictives de concurrence.

Questionner l'effectivité de la réparation du dommage concurrentiel et celle de la régulation des relations d'affaires permet de rendre compte de quelques évolutions fondamentales du droit de la concurrence à travers l'essor des actions privées à finalité indemnitaire et la régulation judiciaire des relations d'affaires.

L'effectivité de la réparation du dommage concurrentiel par l'essor du *private enforcement*

Impulsée par le droit européen, la recherche d'une indemnisation effective des victimes des pratiques anticoncurrentielles a conduit le droit français de la concurrence à innover.

L'exigence européenne d'une réparation effective du préjudice concurrentiel

Conçu dès l'origine comme complémentaire du *public enforcement* (CJCE, 20 septembre 2001, C-453/99, aff. Courage Ltd), le contentieux de la réparation des préjudices résultant des pratiques anticoncurrentielles a connu un tournant majeur avec l'adoption de la directive n° 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages-intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions de droit de la concurrence des États membres de l'Union européenne, transposée en droit français au titre VIII du livre IV du code de commerce et dont les règles de fond s'appliquent aux faits postérieurs au 11 mars 2017.

"Impulsée par le droit européen, la recherche d'une indemnisation effective des victimes des pratiques anticoncurrentielles a conduit le droit français de la concurrence à innover. "

L'objectif clairement affirmé est désormais l'indemnisation effective de ces dommages. Pour l'atteindre, plusieurs instruments juridiques puissants ont été mis à disposition des personnes s'estimant victimes de telles pratiques, que celles-ci aient été ou non constatées et sanctionnées par des autorités nationales de concurrence ou la Commission européenne. Ainsi, il est institué des présomptions d'existence et d'imputation de pratiques anticoncurrentielles (article L. 481-2 du code de commerce), de preuve de répercussion du surcoût (article L. 481-5), de preuve de préjudice résultant d'une baisse de prix des biens ou services concernés par les pratiques anticoncurrentielles (article L. 481-6) ou encore de préjudice résultant d'une entente entre concurrents (article L. 481-7). La divulgation des preuves est facilitée et leur communication organisée dans le respect du secret des affaires (articles L. 483-1 à L. 483-11) en vue également d'alléger le fardeau de la preuve. À cet égard, il a été récemment jugé que, s'agissant des demandes pré-contentieuses de production de pièces, une décision de la Commission européenne constatant l'existence d'une infraction au droit de la concurrence de l'Union ayant pris la forme d'une restriction verticale par objet n'est pas suffisante

pour établir la plausibilité d'une demande de dommages et intérêts, dès lors que celle-ci requiert la démonstration, non seulement de la plausibilité d'une telle infraction, établie par une telle décision, mais également de celle d'un préjudice et de celle d'un lien de causalité entre ce préjudice et cette infraction. La démonstration de la plausibilité d'une demande de dommages et intérêts, au sens de cette disposition, ne requiert pas d'établir qu'il est plus probable qu'improbable que les conditions d'engagement de la responsabilité pour une infraction au droit de la concurrence sont réunies. Il est suffisant pour le demandeur de démontrer que l'hypothèse selon laquelle ces conditions sont réunies est raisonnablement acceptable (CJUE, 29 janvier 2026, C-286/24, aff. Melia Hotels International).

Par ailleurs, les conditions processuelles de l'action en réparation sont interprétées de manière bienveillante. À titre d'illustration, la compétence internationale des juridictions d'un État membre saisies d'une action indemnitaire de suivi à l'égard de plusieurs défendeurs est admise en présence d'un défendeur d'ancrage (CJUE, 16 avril 2026, C-672/23, aff. dite Câbles électriques). De même, toute juridiction matériellement compétente d'un État membre, dont le marché est affecté par des pratiques anticoncurrentielles en ligne, peut connaître d'une action collective en réparation. Cette juridiction est internationalement et territorialement compétente, au titre du lieu de la matérialisation du dommage, pour statuer sur l'action concernant une pluralité de personnes non identifiées mais identifiables (CJUE, 2 décembre 2025, C-34/24, aff. Apple), ce qui facilite l'exercice transfrontière des actions représentatives et évite la dispersion des recours individuels devant plusieurs juridictions d'un même pays. Il a encore été jugé que le délai de prescription de l'action indemnitaire faisant suite à une décision d'une autorité nationale de concurrence ne commence à courir qu'à partir de la date à laquelle celle-ci devient définitive (CJUE, 4 septembre 2025, C-21/24, aff. Nissan Iberia).

Parallèlement à la construction de ce cadre juridique accueillant, les juridictions nationales ont développé des outils d'évaluation des dommages concurrentiels propres à assurer l'effectivité de la réparation, partant, l'efficacité du droit de la concurrence.

La recherche judiciaire d'une meilleure évaluation du préjudice concurrentiel

Pour tenir compte de la technicité du contentieux de la réparation des préjudices résultant de pratiques anticoncurrentielles et afin de garantir une interprétation uniforme du droit, gage de sécurité juridique, la France s'est d'abord dotée de juridictions spécialisées. La spécialisation des juges (article L. 420-7 du code de commerce) repose actuellement sur huit tribunaux de commerce pour les procédures applicables aux personnes qui sont commerçants ou artisans (article R. 420-3), huit tribunaux judiciaires pour les procédures applicables aux personnes n'étant ni commerçants ni artisans (article R. 420-4) et la cour d'appel de Paris (article R. 420-5). L'accroissement prévisible du contentieux, favorisé par les puissants outils de droit substantiel et processuel issus de la Directive dommages et présenté par certains praticiens comme un levier économique, commande de renforcer sensiblement les moyens humains de ces juridictions. L'économie occupant une place croissante dans le droit de la concurrence, notamment celui de la réparation du préjudice résultant de pratiques anticoncurrentielles, l'équipe autour du juge a été étoffée par des assistants spécialisés économistes chargés d'éclairer le juge sur la robustesse des modèles économétriques appliqués dans les expertises de parties. L'importance de ces expertises s'est accrue depuis que la Cour de cassation a assoupli les conditions dans lesquelles le juge peut se fonder sur ses seules expertises amiables, même si le recours à une expertise judiciaire, offrant des garanties méthodologiques, déontologiques et de respect de la contradiction demeure presque systématique.

Ensuite, dans le prolongement de la définition du préjudice réparable posée à l'article L. 481-3 du code de commerce issu de la Directive dommages, des Lignes directrices d'évaluation de la Commission relatives à la répercussion des infractions et du Guide pratique concernant la quantification du préjudice dans le cadre d'actions en dommages-intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du TFUE, la cour d'appel de Paris a élaboré des Fiches méthodologiques de réparation du préjudice économique, fruit d'une réflexion pluridisciplinaire, qui, bien que dépourvues de portée normative et

n'établissant pas de nomenclature contraignante des postes de préjudice, sont destinées à guider les praticiens dans l'évaluation des dommages notamment concurrentiels. Ont été ainsi élaborés des outils permettant de déterminer la perte résultant du surcoût du prix payé par la victime ou de la minoration du prix versé à celle-ci, le gain manqué, la perte de chance ou encore le préjudice moraL. Dans leur application, la cour d'appel de Paris a fait preuve à la fois de pragmatisme et, parfois, d'audace. Ainsi, elle a récemment retenu dans l'affaire *Sanofi* (Paris, 24 septembre 2025, n° 19/19969) une méthodologie de calcul du préjudice lié au remboursement du médicament par comparaison du taux de substitution du Plavix avec celui d'autres molécules non affectées par les pratiques sur la période infractionnelle jusqu'au mois de septembre 2021, date de fin des effets des pratiques. Dans l'affaire *Google/Aowoa* (Paris, 14 janvier 2026, n° 23/5375), s'agissant du calcul du préjudice de gain manqué, la cour, à défaut de pouvoir procéder à une méthodologie comparative « avant/pendant/après » pour quantifier le gain manqué car l'activité de la victime avait été dès l'origine affectée par les pratiques litigieuses, a appliqué la marge sur coûts variables réalisée par la victime sur l'ensemble des exercices affectés par les pratiques au nombre de jours d'interruption de service. Dans l'affaire du cartel des camions (Paris, 15 avril 2026, n° 23/3330), la cour a notamment, avant d'ordonner une expertise, adopté une méthode « pendant/après » faute d'éléments comptables antérieurs suffisants et a estimé l'impact de l'inflation par référence à l'évolution d'un indice des prix à la consommation. Dans l'affaire du cartel des revêtements de sol (Paris, 6 mai 2026, n° 21/13172), a été retenue, pour le calcul du préjudice de surcoût, la méthode dite « par les coûts » qui consiste à calculer la variation du prix contrefactuel sur la variation des coûts constatée chaque année, minorée de l'écart constaté post-entente entre la variation des coûts et la variation du prix de vente, ajustée en prenant en compte les surcoûts négatifs et en appliquant un taux de répercussion aval du surcoût illicite.

Si la réparation est au cœur de la « grande concurrence » et assure l'effectivité du droit de la concurrence interne et européen, notamment dans les relations économiques nouées par les GAFAM au sein de l'espace économique européen, la régulation des flux d'affaires entre opérateurs économiques sur les marchés nationaux est garantie par la « petite concurrence », *via* le contrôle des pratiques restrictives de concurrence.

La régulation des relations commerciales par le contrôle des pratiques restrictives de concurrence

Spécificités françaises, les pratiques restrictives de concurrence remplissent leur fonction régulatrice grâce à une extension de leur domaine et à une application adaptée aux réalités économiques des secteurs concernés.

Un domaine d'application en constante expansion

D'une part, le cercle des personnes concernées s'est constamment élargi. Ainsi, initialement applicable à « tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers », les dispositions relatives à la rupture brutale des relations commerciales établies, au déséquilibre significatif et à l'avantage sans contrepartie l'est à « toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services » auteur de ces pratiques depuis l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, ce qui consacre une conception souple de la notion de relation commerciale. Parallèlement, la victime d'un déséquilibre significatif n'a plus à établir qu'elle a la qualité de « partenaire commercial » mais doit seulement justifier qu'elle est partie au contrat litigieux.

D'autre part, le champ des agissements visés a été étendu. Si le régime de la rupture brutale des relations commerciales établies est évincé par les règles particulières régissant spécialement certains contrats, les pratiques restrictives de concurrence permettent un contrôle du juge sur l'équilibre des contrats, y compris un certain contrôle des prix, aux stades de la négociation, de la conclusion, de l'exécution comme de la fin du contrat.

Un régime en constante adaptation aux réalités économiques

En premier lieu, le législateur intervient régulièrement pour adapter la définition des pratiques restrictives de concurrence aux spécificités des divers secteurs économiques. En

témoigne la loi n° 2026-796 du 18 août 2026 d'urgence pour la protection et la souveraineté agricole qui a modifié l'article L. 442-1 du code de commerce pour, d'une part, sanctionner le fait de soumettre un partenaire commercial à des procédures de mise en concurrence ou à des appels d'offres répétés dont la fréquence ou les modalités sont de nature à créer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, d'autre part, créer une nouvelle forme de rupture brutale consistant à mettre en œuvre une réduction substantielle, dans le cadre de la négociation d'un contrat, des volumes de commandes adressés à un partenaire commercial, y compris lorsqu'elle présente un caractère temporaire, si elle est de nature, par son ampleur, son caractère inhabituel ou les conditions dans lesquelles elle intervient, à compromettre l'équilibre de la relation commerciale établie.

"Si l'ordonnance du 1er décembre 1986 a tenu certaines de ses promesses au regard des objectifs de régulation et de réparation, passer du bel âge à la force de l'âge impliquera de répondre à de nouveaux défis."

En second lieu, la cour d'appel de Paris, qui dispose aussi d'une compétence nationale en la matière, applique avec pragmatisme les conditions de ces pratiques. En effet, initialement conçues pour réguler les relations entre la grande distribution et ses fournisseurs, les pratiques restrictives de concurrence sont désormais invoquées dans des secteurs variés tels le négoce de vins, des œufs ou la sécurité privée. Et l'appréciation *in concreto* du caractère établi d'une relation commerciale au regard de la durée, de la continuité et de la stabilité de la relation ou du délai de préavis nécessaire en fonction notamment d'une éventuelle dépendance économique, de la notoriété du partenaire auteur de la rupture permet d'individualiser la réponse judiciaire en fonction des particularités du secteur concerné. Il peut être tenu compte de la crise du secteur d'activité lorsqu'elle est à l'origine des modifications apportées à la relation commerciale établie.

Si l'ordonnance du 1er décembre 1986 a tenu certaines de ses promesses au regard des objectifs de régulation et de réparation, passer du bel âge à la force de l'âge impliquera de répondre à de nouveaux défis.

Ainsi, le droit français de la concurrence sera amené à s'adapter aux nouvelles technologies, au nouvel environnement économique comme aux mutations sociétales dont témoignent l'importance croissante de la RSE, de la compliance ou du devoir de vigilance sur l'ensemble de la chaîne de valeur.

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



Agnès Maitrepierre

Présidente de la chambre 5-7 de la Cour d'appel de Paris

Dialogue des juges, droit de la concurrence et action publique

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

Autorité de la concurrence

Le dialogue des juges, comme le droit de la concurrence, sont des piliers fondateurs de la construction européenne.

L'Europe s'est construite par le droit : son application effective et harmonisée repose sur les juges et le dialogue des juges, grâce à la procédure de renvoi préjudiciel. Visant à assurer le bon fonctionnement du marché, les règles du traité en matière de concurrence font partie du « noyau dur » de la construction européenne. Ses dispositions prohibant les ententes et les abus de position dominante sont dotées d'une force particulière, tenant à leur effet direct complet, tant vertical qu'horizontal. Dans cette construction, les juges nationaux ont naturellement apporté, dès l'origine, leur pierre à l'édifice, en mettant en œuvre le droit européen de la concurrence, ainsi que leur droit national de la concurrence, tel que celui issu de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

"L'Europe s'est construite par le droit : son application effective et harmonisée repose sur les juges et le dialogue des juges, grâce à la procédure de renvoi préjudiciel."

Le règlement (CE) n° 1/2003 a accru et valorisé le rôle des juges nationaux, en renforçant et décentralisant la mise en œuvre du droit européen de la concurrence. Cette profonde évolution s'est accompagnée de la mise à disposition, au profit des juges nationaux, d'un outil d'éclairage, par la Commission européenne, laquelle intervient, le plus souvent, de sa propre initiative, en tant qu'*amicus curiae*, lorsque l'application cohérente des règles de concurrence l'exige. La création concomitante du réseau européen de concurrence, qui associe étroitement la Commission européenne et les autorités nationales de concurrence, participe à ce mouvement conjuguant décentralisation et coopération. Si la Commission européenne apparaît, grâce à cette mise en réseau, comme l'interlocuteur privilégié des autorités nationales de concurrence, il en va différemment pour les juges nationaux, ces derniers étant, par nature, davantage enclins au dialogue des juges, avec la Cour de justice, étant rappelé qu'un avis de la Commission n'a pas la même autorité qu'un arrêt préjudiciel.

En France, la cour d'appel de Paris, dans le cadre de recours contre des décisions de l'Autorité de la concurrence, a eu à connaître, à plusieurs reprises, de ces outils de coopération, parfois dans une même affaire, une contribution de la Commission européenne, en tant qu'*amicus curiae*, pouvant inciter la juridiction qui en est destinataire à saisir la Cour de justice (ce qui n'est pas toujours le cas, comme l'illustre l'affaire des banques, au stade de la Cour de cassation).

Ainsi, il y a une dizaine d'années, dans l'affaire *Pierre Fabre Dermo Cosmétique*, après avoir bénéficié d'un éclairage de la Commission européenne, la cour d'appel a interrogé la Cour de justice sur la licéité de l'interdiction de vendre sur Internet des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, dans le cadre d'un système de distribution sélective (CJUE, 13 octobre 2011, C-439/09). Plus récemment, le 1er juillet 2021, dans l'affaire des endives, ayant donné lieu à un éclairage de la Commission devant la Cour de cassation, puis à un renvoi préjudiciel, la cour d'appel de Paris, sur renvoi après cassation, s'est fait le relais opérationnel de la Cour de justice en mettant en œuvre le droit de l'Union, tel qu'interprété par celle-ci (CJUE, 14 novembre 2017, C-671/15). Le même jour, dans l'affaire *Towercast*, elle a soumis une question préjudicielle à la Cour de justice, comme l'y invitait une partie au litige, étant précisé que la Commission n'est pas intervenue à la procédure (CJUE, 16 mars 2023, C-449/21). Ce bref historique démontre que la cour d'appel de Paris est active dans le dialogue des juges, en droit de la concurrence, comme d'ailleurs en droit boursier. Si elle n'est pas soumise à une obligation mais à une simple faculté de renvoi préjudiciel (article 267 TFUE), elle s'est néanmoins clairement emparée de cet outil de dialogue, pour l'initier ou en déployer la plénitude de ses effets.

Il est intéressant de relever que, contrairement à la première affaire précitée, qui posait une question de fond en droit de la concurrence, les deux affaires suivantes posaient des questions plus complexes d'articulation de systèmes, au-delà du seul périmètre des règles relatives aux ententes et abus de position dominante. Cette évolution témoigne de la pleine appropriation du droit de la concurrence par les juges spécialisés de la cour d'appel de Paris,

comme de la Cour de cassation, et de leur ouverture aux défis de la complexité et de l'articulation des systèmes.

Plus précisément, dans l'affaire des endives, se posait la question de l'articulation entre, d'une part, les règles du traité en matière de concurrence, lesquelles prohibent les ententes sur les prix et, d'autre part, celles du traité et du droit dérivé en matière de politique agricole commune (PAC), lesquelles, au contraire, organisent la programmation de la production et la régulation des prix au moyen de la concertation collective des producteurs. Après avoir rappelé le principe de primauté de la PAC par rapport aux objectifs du traité dans le domaine de la concurrence, la Cour de justice, en formation de grande chambre, a dessiné une ligne de partage entre les deux *corpus* normatifs, reposant sur une approche fonctionnelle et un contrôle de proportionnalité. La cour d'appel de Paris a suivi scrupuleusement cette méthode d'analyse et retenu, en se fondant sur une motivation substantielle (de plus de quarante pages), l'applicabilité des règles de concurrence à la plupart des pratiques reprochées (CA Paris, 5-7, 1er juillet 2021, RG n° 19/00595). Aucun pourvoi n'ayant été formé, la cour d'appel a définitivement mis fin au litige, ce qui témoigne d'un fécond dialogue des juges.

"Le dialogue des juges en Europe n'est-il pas, aujourd'hui plus que jamais, l'avenir du droit de la concurrence ?"

Dans l'affaire *Towercast*, se posait une autre question d'articulation, au cœur des systèmes de contrôle des concentrations. L'enjeu du litige était de savoir s'il était possible, à la suite de l'entrée en vigueur du règlement n° 139/2004, de réaliser un contrôle *ex post* (après la réalisation de l'opération de concentration), sur le fondement de l'article 102 du TFUE, prohibant les abus de position dominante, lorsque cette opération n'avait pas donné lieu à un contrôle *ex ante* (avant sa réalisation), ni par la Commission européenne (faute de dimension communautaire), ni par une autorité nationale de concurrence (faute de franchissement des seuils légaux de notification de l'opération). Dans sa décision de renvoi préjudiciel, la cour d'appel de Paris a notamment constaté l'existence d'interprétations divergentes, à partir des décisions étrangères invoquées par les parties. Ce dialogue des juges et des autorités, entre les États membres, a tout autant nourri que révélé la nécessité du dialogue qu'elle a engagé avec la Cour de justice. La réponse que la Cour de justice a apportée à cette question préjudicielle (CJUE, 16 mars 2023, C-449/21) a fondé, en partie, sa réponse au pourvoi formé contre un arrêt du Tribunal de l'Union : si, en l'état du règlement précité, la Commission ne pouvait pas réaliser un contrôle *ex ante* sur une opération ne revêtant pas une dimension communautaire et ne franchissant pas les seuils nationaux de notification, en revanche, les autorités et juridictions nationales peuvent exercer un contrôle *ex post* (CJUE, 3 septembre 2024, Illumina/Grail, C-611/22 P et C-625/22 P).

Conclusion

L'essor des procédures négociées devant la Commission ayant contribué à réduire sensiblement le contentieux des sanctions devant les juridictions européennes et, partant, le développement de la jurisprudence en la matière, il revient aux juges nationaux, en tant que juges de droit commun du droit européen de la concurrence, de lui donner un nouveau souffle, grâce à la vitalité du dialogue préjudiciel. Le dialogue des juges en Europe n'est-il pas, aujourd'hui plus que jamais, l'avenir du droit de la concurrence ?

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



Christine Maugüé

Présidente de la section du contentieux du Conseil d'État

Le droit de la concurrence comme source de la légalité administrative

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

Autorité de la concurrence

Pendant longtemps, le juge administratif, saisi de pratiques anticoncurrentielles émanant de collectivités publiques, ne confrontait pas directement celles-ci au droit européen et interne de la concurrence au motif que, « par elles-mêmes », ces pratiques n'étaient pas susceptibles d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché (v. par ex., CE, 23 juillet 1993, Cie générale des eaux, n° 138504 ; CE, 29 juillet 1994, SA CAMIF, n° 130503).

Cette jurisprudence a été remise en cause, juste avant la fin du siècle dernier, par une série d'arrêts de Section du Conseil d'État, d'abord pour dire qu'un acte administratif pouvait être annulé s'il était contraire aux articles 101 et 102 du TFUE (CE, Sect., 8 nov. 1996, Fed. Fr. des sociétés d'assurances, n° 122644), ensuite s'il était contraire aux articles 7 et 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er déc. 1986 (CE, Sect., 3 nov. 1997, Soc. Million et Marais, n° 169907), enfin, dès lors qu'il contrevenait de façon générale au principe de libre concurrence qui découle de ladite ordonnance de 1986 (CE, 1er avril 1998, Union hospitalière privée, n° 188529). Et les effets anticoncurrentiels d'un acte administratif sont mêmes susceptibles de créer une situation d'urgence justifiant la saisine du juge du référé suspension (CE, 19 janv. 2004, Soc. T-Online France, n° 263012).

Aujourd'hui, le standard jurisprudentiel qu'utilise le Conseil résulte d'un arrêt d'Assemblée, « Ordre des avocats au Barreau de Paris » (CE, Ass., 31 mai 2006, n° 273531) : « *Les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique. Si elles entendent en outre, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence. À cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée. Une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci* ».

En toute hypothèse, comme le révèle au demeurant l'arrêt ci-dessus, la question du respect du principe de libre concurrence ne se pose que si l'acte attaché à un objet et/ou a pour effet d'avoir une influence sur un marché. Si tel n'est pas le cas, c'est-à-dire si l'acte n'a pas un objet économique, les moyens excipant de la méconnaissance du principe de libre concurrence ne peuvent qu'être écartés, comme d'ailleurs ceux tirés de la méconnaissance des articles 101 et 102 du TFUE ou de l'article L. 420-2 du code de commerce (pour un exemple récent d'un éco-organisme n'intervenant pas en tant qu'opérateur sur le marché du recyclage et de la valorisation des déchets, v. CE, 30 déc. 2021, FEDERC, n° 429070).

Ensuite, dans le cadre de son contrôle, ce à quoi le Conseil d'état est toujours très attentif est la question de savoir si l'acte administratif ou la pratique économique attaquée est de nature à conduire l'entreprise qui en bénéficie à abuser automatiquement de sa position dominante. Si tel est le cas, l'acte administratif attaqué ou le droit exclusif attribué à l'entreprise sont annulés par le juge (v. par ex., CE, Sect., 8 nov. 1996, Fed. Fr. des sociétés d'assurances, précité, à propos de l'attribution à une seule caisse d'assurances vieillesse de la gestion d'un régime complémentaire ; CE, 29 juillet 2002, CEGEDIM, n° 200886, à propos du caractère excessif de la perception de droits par l'INSEE de nature à constituer un abus de position dominante ; CE, Sect., 25 juin 2004, Soc. Scoot France, n° 249300, pour l'attribution du numéro « 12 » à France Telecom).

Mais, dans la plupart des cas, après une analyse économique de la situation juridique discutée, le Conseil d'État rejette la requête aux motifs que l'acte attaqué ne met pas l'établissement public ou l'entreprise privilégiée en situation d'abuser « automatiquement » et « nécessairement » d'une position dominante. Ainsi, parmi beaucoup d'autres affaires, celles du concessionnaire du service public de la diffusion du droit par internet (CE, 17 déc. 1992, Ordre des avocats à la Cour de Paris, n° 181611), de l'Union des groupements d'achat public (CE, 27 juillet 2001, CAMIF, n° 218067), de l'Institut national de recherches archéologiques préventives (CE, 30 avril 2003, UNICEM, n° 244139) ou de la Mutuelle générale des services publics, malgré l'avis contraire du Conseil de la concurrence à l'époque (CE, 16 juin 2004, DGSP, n° 235176 ; avis n° 03-A-21, 13 déc. 2003).

Par ailleurs, aucune catégorie d'acte administratif n'échappe au contrôle du juge administratif, même celles dont l'influence sur le marché est a priori la moins évidente : ainsi, de l'extension ministérielle des conventions collectives du travail si celle-ci est de nature à porter une atteinte excessive à la libre concurrence (CE, Sect., 30 avril 2003, Synd. des professionnels des exploitants indépendants des réseaux d'eau, n° 230804, BJCP 2004, n° 32, p. 39, concl. J. H. Stahl) ou des décisions de police administrative, comme la règlementation locale de l'affichage en zone de publicité restreinte si celle-ci a pour effet de créer une position dominante en faveur de certains professionnels (CE, Sect., 22 nov. 2000, Soc. L et P Publicité SARL, n° 223645).

Mais, naturellement, ce sont surtout les décisions administratives à objet strictement économique qui sont les plus scrutées par le juge administratif au regard du principe de libre concurrence.

Ainsi, tout d'abord, pour toutes les décisions des autorités domaniales de nature à restreindre la libre concurrence sur un marché contraint, comme celui, par exemple, des loueurs de voiture sur les aéroports parisiens. De fait, comme l'indique le considérant de principe dans l'affaire de Section « Société EDA » (CE, 26 mars 1999, n° 202260, avec les concl. de J. H. Stahl au recueil Lebon, p. 98) : « *s'il appartient à l'autorité administrative affectataire de dépendances du domaine public de gérer celles-ci tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, il lui incombe en outre, lorsque, conformément à l'affectation de ces dépendances, celles-ci sont le siège d'activités de production, de distribution ou de services, de prendre en considération le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ainsi que les règles de concurrence dans le cadre desquelles s'exercent ces activités* ».

> *"Aucune catégorie d'acte administratif n'échappe au contrôle du juge administratif, même celles dont l'influence sur le marché est a priori la moins évidente [...]."*

Par la suite, le Conseil d'État a « théorisé » sa jurisprudence sur les actes autorisant l'occupation privative du domaine public à des fins économiques dans un arrêt « RATP » (CE, 23 mai 2012, n° 348909). Le raisonnement est en quatre temps :

1) l'autorité chargée de la gestion du domaine public peut autoriser une personne privée à occuper une dépendance de ce domaine en vue d'y exercer une activité économique, à la condition que cette occupation soit compatible avec l'affectation et la conservation de ce domaine ;

2) l'Administration n'est jamais tenue d'accorder une telle autorisation ;

3) la décision de délivrer ou non une telle autorisation n'est pas susceptible, par elle-même, de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, car le respect de cette liberté implique, d'une part, que les personnes publiques n'apportent pas, aux activités de production, de distribution ou de services exercées par des tiers, des restrictions qui ne seraient pas justifiées par l'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi et, d'autre part, qu'elles ne puissent prendre elles-mêmes en charge une activité économique sans justifier d'un intérêt public, ce qui n'est pas le cas d'une autorisation d'occuper le domaine public ;

4) toutefois, la personne publique ne peut délivrer légalement une telle autorisation lorsque sa décision aurait pour effet de méconnaître le droit de la concurrence, notamment en plaçant automatiquement l'occupant en situation d'abuser d'une position dominante, contrairement aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.

Depuis lors, on sait que l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 soumet les titres d'occupation du domaine public « en vue d'une exploitation économique » à une procédure préalable de mise en concurrence.

Ce sont ensuite les décisions administratives en rapport avec une commande publique qui font souvent l'objet d'un contrôle concurrentiel.

D'une part, évidemment celles où les collectivités publiques mettent en jeu la responsabilité des auteurs d'une entente anticoncurrentielle devant le juge administratif (TC, 16 nov. 2015, Région Ile-de-France, n° 4035). Dans ce cas, « *lorsqu'une personne publique est victime, de la part de son cocontractant, de pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol ayant vicié son consentement, elle peut saisir le juge administratif, alternativement ou cumulativement, d'une part, de conclusions tendant à ce que celui-ci prononce l'annulation du marché litigieux et tire les conséquences financières de sa disparition rétroactive, et, d'autre part, de conclusions tendant à la condamnation du cocontractant, au titre de sa responsabilité quasi délictuelle, à réparer les préjudices subis en raison de son comportement fautif* » (CE, 10 juillet 2020, Soc. Lacroix Signalisation, n° 420045, BJCP 2020, n° 133, p. 400, concl. M. Le Corre).

De ce point de vue, on notera que, si le Conseil d'État applique les nouvelles dispositions de l'article L. 482-1 du code de commerce sur la prescription de l'action en dommages et intérêts à l'expiration d'un délai de cinq ans (CE, 1er juin 2023, Soc. Forbo Sarlino, n° 468098, BJCP 2023, n° 149, p. 224, concl. Labrune), « *dans l'hypothèse où le préjudice de la personne publique résulte de pratiques auxquelles ses organes dirigeants ont participé, de sorte qu'en raison de leur implication elle n'a pu faire valoir ses droits à réparation, la prescription ne peut courir qu'à la date à laquelle, après le remplacement de ses organes dirigeants, les nouveaux organes dirigeants, étrangers à la mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles, acquièrent une connaissance suffisamment certaine de l'étendue de ces pratiques* » (CE, 9 mai 2023, Soc. Gespace France et autres, n° 451710, BJCP 2023, n° 149, p. 211, concl. Pichon de Vendeuil).

D'autre part, sont aussi concernées par le contrôle de libre concurrence toutes les décisions des collectivités publiques pouvant restreindre cette liberté, y compris devant le juge du référé précontractuel dont la compétence est pourtant réduite sauf lorsque le manquement discuté est de nature à permettre à l'un des candidats de se mettre en situation d'abuser de sa position dominante (CE, 2 juillet 1999, SA Bouygues et autres, n° 206749).

On vise ici le cas particulier des personnes publiques candidates à des contrats publics et où le Conseil d'État décide que « *aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public* », pour que soient respectés tant les exigences de l'égal accès aux contrats publics que le principe de liberté de la concurrence qui découle notamment de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 (codifié désormais dans le code de commerce). Dans ce cas cependant, « *l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public à un établissement administratif suppose, d'une part, que le prix proposé par cet établissement public administratif soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, d'autre part, que cet établissement public n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public et enfin qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information* » (CE, Avis, 8 nov. 2000, Soc. J. L. Bernard Consultants, n° 222208, BJCP 2001, p. 105, concl. Bergeal).

Aujourd'hui, la jurisprudence est désormais fixée par un arrêt « Société Armor SNC » (CE, Ass., 30 déc. 2014, n° 355563, BJCP, n° 99, p. 92, concl. Dacosta) selon lequel : « *Les compétences dont disposent les collectivités territoriales ou les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) s'exercent, hormis celles qui leur sont confiées pour le compte de l'État, en vue de satisfaire un intérêt public local. Si aucun principe ni aucun texte ne fait obstacle à ce que ces collectivités ou ces EPCI se portent candidats à l'attribution d'un contrat de commande publique pour répondre aux besoins d'une autre personne publique, ils ne peuvent légalement présenter une telle candidature que si elle répond à un tel intérêt public, c'est-à-dire si elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de cette mission.* ***Une fois admise dans son principe, cette candidature ne doit pas fausser les conditions de la concurrence****. En particulier, le prix proposé par la collectivité territoriale ou l'établissement public de coopération doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans que la collectivité publique bénéficie, pour le déterminer, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public et à condition qu'elle puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié* » (v. aussi CE, 14 juin 2019, Soc. Vinci construction maritime et fluviale, n° 411444 ; CE, 18 sept. 2019, Cté cmnes Ile-Rousse-Balagne, n° 430368).

On le voit, en l'espace de 40 ans, les choses ont bien changé. L'appréhension des rapports entre droit public et droit de la concurrence a été renouvelée en profondeur. Les règles de concurrence issues de l'ordonnance du 1er décembre 1986 sont intégrées au bloc de légalité dont le juge administratif impose le respect aux autorités administratives. Cette intégration au bloc de légalité demeure toutefois sectorielle, car elle concerne essentiellement les situations où l'action administrative est susceptible de restreindre ou de fausser la libre concurrence.

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



Christophe Soulard

Premier président de la Cour de cassation

L'articulation des rôles de l'Autorité de la concurrence et du juge judiciaire depuis l'ordonnance du 1er décembre 1986

DGCCRF
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 est généralement tenue pour le texte fondateur du droit national de la concurrence. En consacrant la liberté des prix et de la concurrence, elle marque le passage d'une économie administrée à une économie de marché et transforme profondément le droit et la politique de concurrence en France. Elle substitue également à une intervention essentiellement étatique et répressive, une régulation spécialisée, adaptée à la technicité croissante de la matière.

La création du Conseil de la concurrence, devenu l'Autorité de la concurrence en 2008[1], constitue, à cet égard, une innovation majeure. Investie d'une mission essentielle, celle de veiller au libre jeu de la concurrence et de contribuer au fonctionnement concurrentiel des marchés et dotée, à cette fin, de pouvoirs d'enquête, d'injonction et de sanction, celle-ci est devenue un acteur central d'un système de régulation désormais largement européanisé, en collaboration avec la Commission européenne et les autres autorités nationales de concurrence[2].

Dans ce nouveau paysage institutionnel, le juge judiciaire occupe une place singulière. Alors que les recours contre les décisions d'une autorité administrative relèvent en principe du juge administratif, le législateur a transféré à la cour d'appel de Paris la connaissance des recours contre les décisions du Conseil de la concurrence[3]. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 23 janvier 1987, a validé ce choix du législateur, en consacrant ce qui a été désigné comme un « bloc de compétence » au profit de la juridiction judiciaire, afin de préserver la cohérence d'une matière dont ce juge connaissait déjà dans ses différentes dimensions pénales, civiles et commerciales[4]. Le juge judiciaire est ainsi devenu l'instance principale de contrôle du régulateur de la concurrence.

Mais ce rôle de contrôle de l'Autorité de la concurrence du juge judiciaire n'épuise pas le sens de leurs rapports. Le développement du droit des actions privées en matière de pratique anticoncurrentielle (*private enforcement*), en complément de la répression administrative (*public enforcement*) et des pratiques restrictives de concurrence (prévues au titre IV du Livre IV du code de commerce), a conduit les juridictions civiles et commerciales à mieux prendre leur part dans la protection de la libre concurrence, au-delà du contrôle des décisions du régulateur. Ce mouvement a renforcé la collaboration institutionnelle entre l'Autorité de la concurrence et le juge judiciaire, fondée sur la complémentarité de leurs rôles respectifs.

"Ce rôle de contrôle de l'Autorité de la concurrence du juge judiciaire n'épuise pas le sens de leurs rapports."

Un contrôle du régulateur par le juge judiciaire

Depuis 1987, le juge judiciaire contrôle les décisions prises par l'Autorité de la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles, réprimées par les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et par les articles L. 420-1 et suivants du code de commerce. Plus précisément, ce contentieux relève de la seule compétence de la cour d'appel de Paris et, en cas de pourvoi, de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation. Quarante ans après l'ordonnance de 1986, ces deux juridictions ont, par ce contrôle, développé une véritable expertise en droit de la concurrence et se sont dotées à cette fin des compétences nécessaires au traitement de ce contentieux particulièrement technique.

La cour d'appel de Paris et la Cour de cassation veillent à l'efficacité de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles ainsi qu'au respect des droits des entreprises plaignantes et des entreprises mises en cause devant l'Autorité de la concurrence. La cour d'appel de Paris, sous le contrôle de la Cour de cassation, peut annuler et/ou réformer les décisions prises dans le cadre de la régulation *ex post*[5] de la concurrence (article L. 464-8 du code de commerce). Cette juridiction est ainsi amenée à contrôler le respect par l'Autorité de la concurrence de la légalité interne et externe et à substituer, le cas échéant, ses propres décisions et appréciations à celles de l'Autorité.

Le juge judiciaire a joué un rôle important dans le mouvement de « fondamentalisation » du droit de la concurrence, qui s'est notamment illustré par l'application et le contrôle des garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure devant le Conseil puis l'Autorité de la concurrence. La chambre commerciale de la Cour de cassation a notamment interdit au rapporteur de participer au délibéré du Conseil de la concurrence et au rapporteur général d'y assister[6]. La Cour de cassation a, en outre, appliqué le principe de loyauté dans l'administration de la preuve prévu à l'article 9 du code de procédure civile aux actes d'enquête réalisés par les agents habilités de l'Autorité de la concurrence[7]. Depuis quarante ans, le contrôle du respect des garanties du procès équitable par l'Autorité de la concurrence et la cour d'appel de Paris, n'a cessé de se renforcer[8]. Les juridictions judiciaires autorisent et contrôlent également certains des actes d'enquête pris au cours de l'instruction devant l'Autorité de la concurrence (article. L. 450-4 du code de commerce) mais aussi en matière de protection du secret des affaires (article L. 464-8-1 du même code).

L'exercice de ce contrôle n'a toutefois pas conduit le juge judiciaire à méconnaître la nature *sui generis* du contrôle « en annulation ou en réformation » prévu à l'article L. 464-8 du code de commerce, qui n'est pas un appel à proprement parler mais est un contrôle de pleine juridiction portant sur une décision administrative. Si, en cas d'annulation, la cour d'appel de Paris est tenue de statuer à nouveau en fait et en droit sur la base du dossier de l'Autorité de la concurrence[9], la jurisprudence admet des exceptions à ce principe afin de tenir compte de la technicité de ce contentieux et de préserver les prérogatives du régulateur dans certaines circonstances. Par exemple, dans un arrêt du 26 février 2008, la Cour de cassation a admis que la cour d'appel de Paris puisse, après avoir annulé une décision de l'Autorité de la concurrence, lui renvoyer l'affaire pour une instruction complémentaire, lorsqu'elle estime ne pas disposer des éléments suffisants pour statuer sur les griefs notifiés et maintenus par le rapport et ne pas être en mesure de mener elle-même cette instruction[10]. L'arrêt *Towercast* du 23 septembre 2026 vient de préciser que, dans une telle hypothèse, la cour d'appel doit se dessaisir au profit de l'Autorité à qui il appartiendra de statuer à nouveau[11].

La même logique a été suivie dans la procédure d'engagements devant l'Autorité de la concurrence[12]. Si la Cour de cassation a admis l'existence d'un recours à l'encontre de la décision de l'Autorité de refuser les propositions d'engagements par une entreprise, elle limite l'office de la cour d'appel de Paris à un contrôle de légalité restreint, compte tenu du pouvoir discrétionnaire reconnu à l'Autorité en la matière[13]. Le juge se contente ainsi de vérifier que l'entreprise a bien été en mesure de présenter, dans les délais et conditions légales, une proposition d'engagements. En revanche, il ne saurait substituer sa propre appréciation quant à l'opportunité de proposer ou de faire droit à une proposition d'engagements.

Une autre illustration de la prise en compte par le juge judiciaire du rôle particulier du régulateur résulte des suites données à la jurisprudence *VEBIC* de la Cour de justice de l'Union européenne du 7 décembre 2010[14]. Celle-ci a consacré la possibilité pour une autorité nationale de concurrence de participer, en qualité de partie défenderesse, à la procédure judiciaire dirigée contre la décision dont elle est l'auteur. L'Autorité de la concurrence peut ainsi défendre sa décision devant le juge judiciaire, à l'instar d'une administration devant le juge administratif. S'appuyant sur cette jurisprudence, la chambre commerciale a, par ailleurs, étendu le bénéfice du recours en cassation au président de l'Autorité de la concurrence afin notamment de lui permettre de se pourvoir en cassation contre les ordonnances du premier président statuant sur une demande de sursis à exécution[15].

Quarante ans après l'ordonnance de 1986, le juge judiciaire exerce ainsi pleinement la mission qui lui a été confiée. Il veille à l'effectivité de la répression des pratiques anticoncurrentielles, garantit les droits des acteurs économiques, tout en respectant les prérogatives du régulateur. Mais le juge judiciaire joue également un rôle de plus en plus important dans la répression privée (« *private enforcement* ») des pratiques anticoncurrentielles et peut compter, à ce titre, sur le soutien ou la collaboration de l'Autorité de la concurrence.

Une collaboration fondée sur la complémentarité des institutions

La lutte contre les pratiques anticoncurrentielles passe aussi par les actions privées qui englobent les actions en annulation d'actes de droit privé constitutifs de telles pratiques et les actions en

réparation des préjudices qui en résultent. Ce rôle du contentieux privé a été mis en lumière par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt *Courage et Crehan* de 2001. La Cour de justice y relève que ces actions participent « *de la pleine efficacité des règles de concurrence prévues aux articles 101 et 102 du TFUE* », et que « *les juridictions nationales remplissent une fonction essentielle dans l'application des règles de concurrence,* […] *complémentaire de* [celle] *des autorités de concurrence des États membres* »[16].

L'effectivité de ces actions a été l'un des axes de la politique de concurrence au niveau européen. Cette politique s'est notamment traduite par l'adoption de la directive n° 2014/104/UE du 26 novembre 2014 dite « Directive dommages », transposée aux articles L. 481-1 à L. 483-11 et R. 481-1 à R. 483-14 du code de commerce, qui constituent désormais le socle d'un nouveau régime de réparation des préjudices touchant à la fois le fond du droit de la réparation et les moyens procéduraux à disposition du juge et des victimes de pratiques anticoncurrentielles.

Les actions en réparation sont désormais appréhendées comme le complément indispensable à l'action répressive des autorités de concurrence, ce qui justifie le renforcement d'une collaboration institutionnelle entre le juge judiciaire et l'Autorité de la concurrence. Ces actions en réparation des préjudices nés de pratiques anticoncurrentielles peuvent en effet être introduites en « *stand-alone* », c'est-à-dire en l'absence de toute décision de sanction de l'Autorité sur l'existence d'une pratique anticoncurrentielle. En l'absence de toute appréciation de l'Autorité de la concurrence sur l'existence d'une telle pratique et de son ampleur sur le marché concerné, le juge de la réparation peut éprouver le besoin de solliciter son avis. C'est ce que prévoient les dispositions de l'article L. 462-3 du code de commerce, qui permettent à toute juridiction de demander l'avis de l'Autorité sur les pratiques d'entente, d'abus de position dominante et de prix prédateurs dont cette juridiction serait saisie.

La cour d'appel de Paris a pu faire usage de cette prérogative dans une affaire opposant la plateforme Cafeyn à la société L'Équipe, en formulant une demande d'avis portant sur la définition du marché pertinent et l'existence d'une position dominante de la société L'Équipe sur ce marché[17]. Le régulateur, qui dispose des compétences et moyens adaptés, peut ainsi apporter un éclairage au juge de la réparation sur les données et analyses de marché nécessaires à son appréciation. Le juge conserve bien évidemment la maîtrise de la qualification juridique et de sa décision. L'Autorité de la concurrence peut également transmettre, à certaines conditions, des pièces d'une affaire dont elle serait saisie à une juridiction qui le lui demande, à l'exception des pièces provenant d'une procédure de clémence. L'Autorité peut, par ailleurs, présenter, de sa propre initiative, des observations dans une procédure en cours devant une juridiction.

Cette complémentarité du juge et du régulateur est renforcée en présence d'une action en réparation dite en « follow-on », c'est-à-dire une action qui suit une décision de sanction de pratiques anticoncurrentielles prise par l'Autorité de la concurrence. Dans cette hypothèse, l'article L. 481-2 du code de commerce, issu de la transposition de la Directive dommages, confère à la décision de sanction de l'Autorité, dès lors qu'elle ne peut plus faire l'objet d'une voie de recours ordinaire de la part de l'entreprise concernée, une véritable autorité de chose décidée, en présumant établie de manière irréfragable l'existence et l'imputation de l'infraction au droit de la concurrence. Dans un arrêt du 19 mars 2025, la Cour de cassation a fait application de cette présomption en approuvant la cour d'appel de Paris d'avoir interprété l'article 1240 du code civil de manière conforme à l'article L. 481-2 du code de commerce[18]. La chambre commerciale a toutefois précisé qu'aucune présomption, même réfragable, n'est attachée à une décision de l'Autorité qui se borne à rejeter sa saisine faute d'éléments suffisamment probants[19]. Par ailleurs, même lorsque la présomption d'existence d'une pratique anticoncurrentielle s'applique, il appartient à la victime de faire la preuve de l'existence et de l'étendue de son préjudice.

"Cette complémentarité du juge et du régulateur est renforcée en présence d'une action en réparation dite en « follow-on »."

La décision de l'Autorité produit ainsi pleinement ses effets dans le contentieux indemnitaire sans priver le juge judiciaire de son propre office. De cette complémentarité résulte l'efficacité du droit de la concurrence.

Quarante ans après l'ordonnance de 1986, le rôle du juge judiciaire dans le contentieux du droit de la concurrence n'a cessé d'évoluer et de gagner en importance. Ce juge s'est spécialisé et adapté à la nature particulière de ce contentieux en inscrivant son office dans une dynamique de coopération institutionnelle avec l'Autorité de la concurrence, et ce, dans l'intérêt du bon fonctionnement du marché et de l'effectivité des règles du droit de la concurrence.

1 Loi n° 2008-776 de modernisation de l'économie du 4 août 2008.

2 V. en ce sens le 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.

3 Loi n° 87-499 du 6 juillet 1987 transférant le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence à la juridiction judiciaire.

4 Cons. const., 23 janvier 1987, décision n° 86-224 DC, Conseil de la concurrence, JO 25 janvier 1987, p. 924.

5 Qui vise à réprimer, et non à prévenir, les pratiques anticoncurrentielles.

6 Com., 5 octobre 1999, pourvoi n° 97-15.617, 97-15.626, 97-15.632, 97-15.673, 97-15.760, 97-15.777, 97-15.805, 97-15.826, 97-15.836, 97-15.852, 97-15.871, 97-15.932, 97-16.004, 97-16.330, Bull. civ. 1999, IV, n° 159.

7 Ass. plén. 7 janvier 2011, n° 09-14.316 et 09-14.667, Bull. 2011, Ass. plén. n° 1 ; Com., 26 janvier 2022, pourvoi n° 20-14.000, publié.

8 V. récemment : Com., 2 septembre 2026, pourvoi n° 24-13.789, 24-13.791, 24-13.792, 24-13.866, 24-13.799, publié ; Com., 28 mai 2025, pourvoi n° 23-14.180, publié ; Com., 8 janvier 2025, pourvoi n° 22-22.676, 22-22.610, 22-22.679, 22-22.728, publié.

9 Com., 27 septembre 2005, pourvoi n° 04-16.677, 04-16.678, 04-16.713, Bull. 2005, IV, n° 181.

10 Com., 26 février 2008, pourvoi n° 07-14.126, Bull. 2008, IV, n° 44.

11 Com., 23 septembre 2026, pourvoi n° 25-10.066.

12 Qui permet à une entreprise à qui sont notifiées des préoccupations de concurrence, susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles, de proposer des engagements susceptibles d'y mettre un terme. L'Autorité peut alors accepter cette proposition d'engagements ou ouvrir, en cas de refus de sa part, une procédure de sanction.

13 Com., 31 janvier 2024, n° 22-16.616, publié ; Com., 2 septembre 2020, pourvoi n° 18-18.501, 18-19.933, 18-18.582, publié.

14 CJUE [GC], arrêt du 7 décembre 2010, VEBIC, C-439/08, § 59.

15 Com., 12 mars 2012, n° 11-16.128, Bull. 2012, IV, n° 58 ; Com., 22 octobre 2013, n° 12-23.486, Bull. 2013, IV, n° 155. La chambre commerciale a ultérieurement étendu cette possibilité à l'entreprise ayant saisi l'Autorité de la concurrence, en jugeant qu'elle devait pouvoir former un pourvoi tant contre l'arrêt de la cour d'appel statuant sur le recours dirigé contre la décision de l'Autorité que contre l'ordonnance du premier président statuant sur une demande de sursis à exécution (Com., 1er décembre 2021, n° 20-19.738, publié). Elle a également étendu cette possibilité aux recours dirigés contre la décision de l'Autorité de communiquer sur une décision qu'elle a rendue (Com., 22 mars 2023, n° 21-16.868, publié).

16 CJUE, arrêt du 20 septembre 2001, Courage et Crehan, C-453/99, points 26 et 27 ; CJUE, arrêt du 12 janvier 2023, RegioJet, C-57/21, points 48 et 49.

17 CA de Paris, 13 décembre 2022, n° 22/12917.

18 Com., 19 mars 2025, n° 23-20.418.

19 Com., 25 septembre 2024, pourvoi n° 23-13.067, 23-14.828, publié.

THÈME 4

Les outils de la concurrence face aux défis d'aujourd'hui et de demain



Emmanuel Combe

Vice-président de l'Autorité de la concurrence de 2012 à 2022
Professeur des universités en économie à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

40 ans de sanctions pécuniaires du Conseil et de l'Autorité de la concurrence : une influence économique

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

Autorité de la concurrence

Introduction

« L'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 est abrogée. Les prix des biens, produits et services relevant antérieurement de ladite ordonnance sont librement déterminés par le jeu de la concurrence. » : c'est par deux alinéas - les deux premiers de l'article 1er de l'ordonnance du 1er décembre 1986 - qu'est mis fin à quarante et un ans de prix administrés.

Ce basculement marque un changement de philosophie sur la nature même d'un prix[1]. Dans le système issu de l'après-guerre, le prix était d'abord perçu comme un instrument de politique publique. Après 1986, il devient ce qu'il doit être en économie de marché, à savoir un signal de rareté relative.

Mais encore faut-il que ce signal ne soit pas faussé par des pratiques d'entreprises qui ne reflètent pas le jeu normal du marché. Il est donc logique que l'ordonnance de 1986, en même temps qu'elle libère les prix, instaure une régulation *ex post* des comportements des entreprises. C'est pourquoi l'ordonnance de 1986, dans ses articles 7 et 8, devenus les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce, prohibent les ententes anticoncurrentielles tout comme l'exploitation abusive d'une position dominante.

"C'est sur la sanction pécuniaire que se joue la crédibilité de tout l'édifice."

Reste que ces règles du jeu concurrentiel ne valent que s'il existe une institution qui les fasse respecter, et c'est la troisième innovation de l'ordonnance de 1986, la plus structurante à long terme. Ce contrôle est confié à une institution indépendante, dotée d'un pouvoir propre de décision et de sanction.

Liberté des prix, responsabilité des entreprises, contrôle *ex post* par une autorité indépendante : la trilogie cohérente est mise en place dès l'ordonnance de 1986. Mais elle ne tient que si le dernier maillon de la chaîne fonctionne véritablement, à savoir la sanction effective des comportements qui enfreignent les règles de concurrence. C'est sur la sanction pécuniaire que se joue la crédibilité de tout l'édifice. Elle doit satisfaire simultanément à deux exigences difficiles à concilier : être significative pour être suffisamment dissuasive, et assez encadrée pour ne pas devenir arbitraire.

C'est cette histoire du montant des sanctions pécuniaires[2] que l'on voudrait brièvement retracer ici, sur les quarante années qui nous séparent de l'entrée en vigueur de l'ordonnance, le 1er janvier 1987, en prenant comme seul prisme le montant des sanctions. Elle peut se résumer en une phrase : la France est passée progressivement de sanctions symboliques à des sanctions élevées, voire dissuasives, sous l'influence d'une logique économique, sans jamais sombrer dans un calcul automatique.

Une montée en puissance progressive du montant des sanctions

Jusqu'en 1986, la répression des ententes et des abus de position dominante relève du champ du ministre de l'Économie. Le maximum de sanction encourue est fixé à 5 % du chiffre d'affaires, calculé sur le secteur d'activité où l'infraction a été commise. Les sanctions restent assez rares et leur montant faible. L'ordonnance du 1er décembre 1986 opère un changement institutionnel profond, en conférant au Conseil de la concurrence un pouvoir de sanction autonome. Si le plafond légal de 5 % est maintenu, il se calcule désormais sur le chiffre d'affaires total réalisé en France.

À partir de 1987, se met en place progressivement une véritable politique de sanctions pécuniaires.

Il faudra attendre l'adoption de la loi NRE du 15 mai 2001 pour voir le montant des sanctions devenir plus dissuasif. Le plafond légal est relevé à 10 % et calculé désormais sur le chiffre d'affaires mondial consolidé du groupe auquel appartient l'entreprise. De plus, ce n'est plus le chiffre d'affaires du dernier exercice clos qui est pris comme base de calcul, mais le plus élevé des exercices clos depuis celui précédant les pratiques.

La dernière étape interviendra avec l'entrée en vigueur du premier communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, le 16 mai 2011. Ce communiqué marque une étape de « professionnalisation » dans le calcul des sanctions pécuniaires. Le Conseil de la concurrence explicite pour la première fois les différentes étapes de la méthode de détermination des sanctions, depuis le montant de base jusqu'aux ajustements finaux.

Il est ainsi possible de distinguer, en matière de quantum de sanctions, trois grandes périodes : la période de 1988 à 2000 de montée en puissance ; la période de 2001 à 2011 de modernisation de la politique de sanction ; la période de 2012 à nos jours qui marque l'arrivée à maturité de la politique de sanction. Cette périodisation doit être regardée avec prudence, compte tenu de la volatilité des montants annuels. L'objectif est surtout de prendre la mesure de la hausse des sanctions moyennes depuis 1988.

Tableau – Évolution des sanctions pécuniaires prononcées

Période	Sanctions totales prononcées	Moyenne annuelle	Sanction moyenne par décision
1988-2000	447,6 M€	34,4 M€	1,36 M€
2001-2011	3 058,6 M€	278,1 M€	14,1 M€
2012-2025	9 611,8 M€	686,6 M€	environ 62,4 M€

Source : à partir des rapports annuels

Durant la première période, entre 1988 et 2000, les sanctions restent assez symboliques. A partir de 1988, les rapports du Conseil livrent le montant consolidé des sanctions, année après année. Sur les treize années ainsi documentées, ils montrent une activité contentieuse certes abondante — une trentaine de décisions de sanction par an en moyenne — mais avec un montant total de 447,6 millions d'euros, soit 34,4 millions d'euros par an. Cette moyenne est très fortement affectée par l'affaire des commissions interbancaires, qui représente à elle seule 174,5 millions d'euros de sanctions en 2000. Hors cette décision, le montant annuel moyen n'est que de 21 millions d'euros et la sanction moyenne par décision de 0,82 million d'euros.

Une deuxième période s'ouvre, de 2001 à 2011, à la suite de l'adoption de la loi NRE du 15 mai 2001. Cette dernière permet, en autorisant le Conseil de la concurrence à prendre comme assiette de base le plus élevé des exercices clos depuis celui précédant les pratiques, de neutraliser les stratégies de contournement des entreprises. La loi introduit par ailleurs deux instruments promis à un grand avenir, la clémence et la non-contestation des griefs, auxquels l'ordonnance du 4 novembre 2004 ajoutera la procédure d'engagements.

Sur la période 2001-2011, les sanctions prononcées atteignent au total 3,06 milliards d'euros, soit une moyenne annuelle de 278,1 millions d'euros — treize fois le niveau des années 1988-2000 — et la sanction moyenne par décision s'établit à 14,1 millions d'euros, soit dix-sept fois le niveau de la période précédente. Le nombre de décisions de sanction commence à décroître : d'une trentaine par an au début de la période, il tombe à moins d'une dizaine à la fin. Moins de sanctions, mais plus lourdes. Ceci s'explique aussi par le fait que l'autorité oriente une part croissante des affaires vers les engagements ou la non-contestation des griefs, et réserve les sanctions aux infractions les plus graves.

Deux décisions marquent cette période. La première est celle relative à l'entente entre les trois opérateurs de téléphonie mobile, qui prononce 534 millions d'euros de sanctions. Pour la première fois, une sanction atteint l'ordre de grandeur des amendes communautaires. La seconde est la décision de 2008 relative au négoce des produits sidérurgiques, qui prononce 575,4 millions d'euros. Elle est intéressante par sa suite autant que par son montant : la cour d'appel de Paris, par un arrêt du 19 janvier 2010, ramène la sanction à 75 millions d'euros, soit une division par près de huit. Ce que cette affaire révèle, c'est que vingt-trois ans après l'entrée en vigueur de l'ordonnance, l'autorité de sanction et son juge ne s'accordent pas sur le montant des amendes. Le rapport Folz-Raysseguier-Schaub naît à la suite de cet arrêt. Son message principal est que, si l'amende est l'instrument principal de la répression, elle doit obéir à une certaine prévisibilité dans sa détermination.

Message entendu : l'Autorité de la concurrence, qui a succédé au Conseil en mars 2009, se dote en 2011 d'une méthode de détermination des sanctions. Le communiqué du 16 mai 2011 formalise une assiette de calcul de la sanction — la valeur des ventes en relation directe ou indirecte avec l'infraction — et une méthode générale de détermination de la sanction qu'elle s'engage à suivre. Ajoutons que le Communiqué Sanctions a valeur de lignes directrices et non de barème automatique. L'Autorité peut donc s'en écarter par décision motivée. Elle l'a par exemple fait chaque fois que la valeur des ventes n'avait pas de sens. De plus, il peut être tenu compte de la capacité contributive : une entreprise peut obtenir une réduction si elle établit des « *difficultés financières*

particulières affectant sa capacité contributive ». La politique de sanction n'est donc pas aveugle : elle intègre la contrainte de solvabilité, y compris au prix d'une atteinte manifeste à la dissuasion.

La troisième et dernière période, de 2012 à 2025, est celle de la pleine application du communiqué sanctions, révisé en 2021. En effet, l'ordonnance du 26 mai 2021, transposant la directive ECN+, supprime le critère du dommage causé à l'économie. Le communiqué du 30 juillet 2021 en tire les conséquences méthodologiques. Les proportions de la valeur des ventes vont de 15 à 30 % pour les restrictions les plus graves, avec un droit d'entrée de 15 à 25 %.

Au niveau des sanctions, on change à nouveau d'échelle. Le cumul des sanctions atteint 9,61 milliards d'euros en quatorze ans, soit une moyenne annuelle de 686,6 millions — soit près de deux fois et demie la période précédente — et une sanction moyenne de l'ordre de 62 millions d'euros par décision. Le nombre de décisions de sanction, lui, se stabilise autour d'une dizaine par an : la concentration du quantum sur un petit nombre d'affaires, engagée dès les années 2000, a atteint son terme. L'Autorité est clairement dans une logique de sanction dissuasive, au regard des montants moyens infligés par entreprise. On peut d'ailleurs constater que le ministre, bien qu'il en ait le pouvoir, n'a jamais demandé un alourdissement des sanctions de l'Autorité. *A contrario*, cette forte hausse des sanctions a conduit à plusieurs reprises à des réformations de leur montant par la Cour d'appel de Paris, au motif de leur non proportionnalité : à titre d'exemple, dans l'affaire *Apple*, la Cour d'appel a considéré que le taux de majoration de 90 % appliqué à Apple était disproportionné pour « *garantir le prononcé de sanctions satisfaisants les objectifs de répression et de dissuasion* », et a retenu un taux de 50 %. Au-delà du seul cas *Apple*, au cours de la période 2012/2020, la réduction moyenne de sanction pour les affaires qui ont fait l'objet d'un recours a été en moyenne de 27,6 %, ce qui est significatif.

Le trait dominant de cette période est le retour régulier des années à plus d'un milliard d'euros, à la fois pour des pratiques de cartel mais aussi d'abus de position dominante : quatre en quatorze ans. En 2014 par exemple, l'affaire des produits d'hygiène et d'entretien — 951 millions d'euros — représente ainsi à elle seule 94 % du total annuel. Cette concentration extrême des sanctions invite donc à une certaine prudence dans la lecture des chiffres sur une année et invite plutôt à raisonner sur une tendance.

Derrière la hausse des sanctions pécuniaires : l'influence du raisonnement économique

Cette montée en puissance du montant des sanctions pécuniaires n'est pas sans lien avec la diffusion progressive, à partir des années 2000, d'une littérature économique sur la fonction dissuasive des sanctions, qui a imprégné les autorités de concurrence.

L'idée n'est à vrai dire pas nouvelle et remonte au prix Nobel Gary Becker (1968)[3] : un agent rationnel et neutre au risque n'enfreint pas la loi si le gain espéré de l'infraction est inférieur au produit de la probabilité de détection par la sanction anticipée. La sanction, pour être dissuasive, doit donc être au moins égale au gain illicite divisé par la probabilité de détection. Au cours de la décennie 2000, la recherche académique a réactivé ce cadre d'analyse, pour développer la théorie dite de la « sanction optimale » (Connor, Lande, Spagnolo, Buccirossi, Combe etc.)[4] dans le cas particulier des cartels. Le raisonnement repose sur deux paramètres que les travaux empiriques durant la décennie 2000 sont venus documenter. Le premier est la probabilité de détection : les travaux convergent vers une probabilité annuelle de l'ordre de 15 %[5] — étant entendu qu'il s'agit d'une borne haute, puisque l'on ne peut observer que les cartels détectés. Le second est le surprix : les nombreuses études sur des échantillons de cartels condamnés en Europe et aux États-Unis font apparaître un surprix moyen d'environ 15 %[6].

La plupart des travaux empiriques, basés sur une estimation du gain illicite, concluent que les amendes effectivement prononcées restent assez éloignées de la sanction optimale, surtout si l'on tient compte de la faible probabilité de détection. La littérature économique en tire deux conséquences pratiques. La première est qu'il est nécessaire d'augmenter significativement les sanctions pécuniaires. La seconde est qu'il est plus efficace d'agir sur la probabilité de détection que sur le montant de l'amende, notamment *via* les programmes de clémence dans le cas des cartels.

Ces travaux se développent à un moment charnière au niveau européen. À la Commission, Mario Monti, commissaire chargé de la concurrence de 1999 à 2004, fait de la lutte contre les cartels la priorité affichée de la politique de concurrence. Le programme de clémence, révisé en 2002, devient le principal pourvoyeur d'affaires. Le niveau des amendes change d'échelle : la décision de novembre 2001 sur le cartel des vitamines prononce à elle seule plus de 850 millions d'euros, et les records annuels se succèdent ensuite. Le mouvement se prolonge au-delà du mandat de Mario Monti, avec les lignes directrices de 2006 qui substituent à l'approche forfaitaire antérieure un montant de base assis sur la valeur des ventes, multiplié par le nombre d'années de participation et majoré d'un droit d'entrée.

Les travaux sur la sanction optimale ont ainsi fourni la justification doctrinale à une sévérité accrue ; à la fin des années 2000, les notions de dissuasion, de gain illicite et de probabilité de détection sont devenues familières aux autorités de concurrence.

"A la fin des années 2000, les notions de dissuasion, de gain illicite et de probabilité de détection sont devenues familières aux autorités de concurrence."

Dans le cas français, l'objectif de dissuasion a été explicitement intégré dans le Communiqué sanctions. Ainsi, le point 8 du communiqué du 30 juillet 2021 assigne aux sanctions « *un double objectif de répression et de dissuasion, tant individuelle* [...] *que générale* ». Le point 31 justifie le droit d'entrée, somme forfaitaire ajoutée au montant de base pour les infractions les plus graves, par la nécessité « *de dissuader les entreprises de participer à de telles pratiques* ». Le point 39 permet enfin d'adapter le montant « *afin d'assurer le caractère à la fois dissuasif et proportionné de la sanction* ». Le gain illicite est présent lui aussi, mais son statut a changé. Dans le communiqué de 2011, il apparaissait comme une composante du dommage à l'économie, supprimé par la suite. Le communiqué de 2021 en fait un motif autonome de majoration : le point 42 prévoit que l'Autorité peut majorer la sanction « *lorsqu'il résulte des éléments à sa disposition que les gains illicites estimés réalisés par l'entreprise* [...] *grâce à l'infraction* [...] *sont supérieurs au montant de la sanction pécuniaire qu'elle pourrait prononcer* ». De même, l'appartenance à un groupe (point 41), qui permet d'adapter le montant à la hausse lorsque « *le groupe auquel appartient l'entreprise concernée dispose lui-même d'une taille, d'une puissance économique ou de ressources globales importantes* », repose sur une approche en termes de dissuasion. C'est même le principal paramètre dont dispose l'Autorité pour corriger par le haut la faiblesse relative des sanctions infligées aux très grandes entreprises.

Un bémol toutefois dans cette incorporation progressive du raisonnement économique dans l'appréciation de la sanction : la prise en compte de la durée. Le paramètre de la durée est sans doute celui qui est le plus évident : en effet, en première approximation, le surprofit d'une pratique anticoncurrentielle est proportionnel au temps pendant lequel la pratique a duré. C'est pour cette raison que les lignes directrices européennes de 2006 multiplient le montant de base de la sanction par le nombre d'années de participation. Pourtant, la France a retenu jusqu'en 2021 une approche différente. En effet, le paragraphe 42 du communiqué du 16 mai 2011 disposait que la proportion retenue était appliquée, « *au titre de la première année complète de participation* », à la valeur des ventes de l'exercice de référence, et « *au titre de chacune des années suivantes, à la moitié de cette valeur* ». Cette pondération ne procédait d'aucune obligation légale : il s'agit d'une modération que l'Autorité s'était imposée à elle-même, dans le contexte de 2011 où il fallait faire accepter la publication d'une méthode par des entreprises qui redoutaient un emballement des sanctions. Le communiqué du 30 juillet 2021 met fin à cette anomalie : son point 34 dispose que le montant déterminé en fonction de la valeur des ventes « *est multiplié par le nombre d'années de participation à l'infraction* », les périodes inférieures à un an comptant *pro rata temporis*. Cet ajustement de la durée conduit mécaniquement à une forte hausse des sanctions, par rapport à la situation antérieure, ce qui pourrait conduire l'Autorité à s'exonérer plus fréquemment du Communiqué sanctions. En effet, le risque, au regard de l'expérience passée dans

de grandes affaires comme *Apple*, est celui d'une réformation du montant de la sanction par la Cour d'appel de Paris, au motif de la non proportionnalité de la sanction.

Pour conclure, il apparaît qu'en l'espace de 40 ans, la sanction pécuniaire s'est imposée comme l'un des principaux instruments par lequel le Conseil puis l'Autorité de la concurrence ont fait vivre le droit de la concurrence en France, au travers de sa fonction répressive et dissuasive. Cette primauté des sanctions pécuniaires se lit au travers de leur forte croissance au cours du temps et s'explique en partie par la diffusion progressive d'une culture économique sur l'effectivité des sanctions.

Mais cette imprégnation n'a pourtant pas conduit le Conseil puis l'Autorité de la concurrence à sombrer dans une approche mécanique, pour rester dans une appréciation motivée, tenant compte des spécificités de chaque cas.

1 Voir en particulier : L. Warlouzet (2022) « La liberté des prix devient la règle ». La libération des prix et l'établissement de la politique de la concurrence en 1986, Histoire, économie & société, pp. 14-29.

2 La politique de sanction ne se réduit pas aux sanctions pécuniaires ; elle inclut aussi les injonctions à cesser les pratiques ou l'injonction de publication d'un extrait de la décision.

3 G. Becker (1968) « Crime and Punishment: An Economic Approach », Journal of Political Economy, vol. 76, n° 2, p. 169-217.

4 Voir notamment : J. Connor et R. Lande (2005), « How High Do Cartels Raise Prices? Implications for Optimal Cartel Fines », Tulane Law Review, vol. 80, n° 2, p. 513-570 ; W. Wils (2006) « Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice », World Competition, vol. 29, n° 2, p. 183-208. P. Buccirossi et G. Spagnolo (2006), « Optimal Fines in the Era of Whistleblowers: Should Price Fixers Still Go to Prison? », CEPR Discussion Paper n° 5465 ; E. Combe et C. Monnier (2011), « Fines against Hard Core Cartels in Europe: The Myth of Overenforcement », The Antitrust Bulletin, vol. 56, n° 2, p. 235-275.

5 Voir : P. Bryant et E. Eckard (1991) , « Price Fixing: The Probability of Getting Caught », Review of Economics and Statistics, vol. 73, n° 3, 1991, p. 531-536, ; E. Combe, C. Monnier et R. Legal (2008) « Cartels: The Probability of Getting Caught in the European Union », Bruges European Economic Research Papers, n° 12.

6 Voir : J. Connor (2004) « Price-Fixing Overcharges: Legal and Economic Evidence », American Antitrust Institute Working Paper n° 04-05 ; M. Boyer et R. Kotchoni (2015) « How Much Do Cartel Overcharge? », Review of Industrial Organization, vol. 47, n° 2, p. 119-153.

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



Isabelle de Silva

Présidente de la sixième chambre de la Section du contentieux du Conseil d'État
Ancienne présidente de l'Autorité de la concurrence

Vers la régulation et au-delà … ?

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

Autorité de la concurrence

Les anniversaires sont des occasions de célébrer le chemin parcouru et l'action accomplie, tout en se tournant vers l'avenir. Le 40ème anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986 mérite, incontestablement, d'être fêté. C'est bien ce texte qui a donné l'impulsion fondamentale à la construction d'un système français complet et moderne d'application du droit de la concurrence et de libéralisation de l'économie.

J'aimerais, dans ces lignes, me concentrer plus spécifiquement sur la manière dont, au cours de ces années, l'office de l'autorité chargée d'appliquer le droit de la concurrence a évolué. Le texte de 1986 a posé les bases de ce qu'est aujourd'hui l'Autorité de la concurrence (l'« Autorité »), qui a succédé au Conseil de la concurrence avec la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 (la « LME »). À la différence d'autres pays qui ont choisi de garder leur autorité de concurrence dans le giron du ministère de l'économie (comme encore aujourd'hui, le Department of Justice des États-Unis d'Amérique par exemple, qui intervient aux côtés de la Federal Trade Commission) la France faisait, en 1986, le choix organique de l'indépendance. Le modèle de 1986 est resté intact : une autorité administrative collégiale comptant 17 membres aux profils diversifiés, dotée statutairement de garanties élevées en termes d'indépendance. Ce modèle d'autorité administrative indépendante (« AAI ») allait ensuite faire florès et devenir un standard en matière de régulation sectorielle (comme en matière de protection des droits et libertés si l'on songe au Défenseur des droits par exemple). Ce n'est qu'avec la directive ECN+ en 2019 que ce modèle d'autorité de concurrence indépendante a été consacré au niveau européen, en devenant désormais une obligation pour les États membres au sein de l'Union européenne, qui ne sauraient y déroger. Un autre élément constant depuis 1986 est le droit applicable. Si des adaptations des outils sont intervenues au fil du temps, l'Autorité continue, pour l'essentiel, d'appliquer un corps inchangé de règles essentielles : il s'agit, dans une économie où les prix sont librement fixés, de réprimer les ententes et abus de position dominante. Alors que la prolifération et l'instabilité des normes sont souvent dénoncées, cette constance peut être saluée. Enfin, dès l'origine le Conseil de la concurrence s'est vu reconnaître le pouvoir, essentiel, d'infliger des sanctions pécuniaires (avec un plafond alors limité à 5% du CA de l'entreprise, depuis porté à 10%). Avant même que le Conseil constitutionnel ne reconnaisse le pouvoir des AAI d'infliger de telles sanctions (dans ses décisions n° 88-248 DC sur le CSA et n° 89-260 DC sur la COB), la nouvelle autorité disposait de cet outil qui allait lui permettre de donner à son action répressive une efficacité réellement dissuasive.

Et pourtant, au-delà de ces éléments de continuité, l'autorité de concurrence a connu une profonde mutation au cours de ces quarante années, celle qui en a fait une « autorité de régulation ». Ceci ne figurait pas, en tant que tel, dans son mandat initial : la création du Conseil de la concurrence visait avant tout, en 1986, à permettre une application efficace du droit de la concurrence tout juste modernisé, en donnant à une autorité administrative des moyens renforcés.

L'objectif était déjà ambitieux. Mais, à partir des années 1990, la notion de régulation s'implante pleinement dans le système institutionnel français, avec la création ou la refonte d'autorités de régulation sectorielles nombreuses et puissantes (dans les domaines des télécommunications, de l'audiovisuel, de l'énergie ou des transports notamment). Pendant longtemps, les spécialistes ne rangeaient pas l'Autorité de la concurrence dans la catégorie des autorités de régulation, au motif notamment qu'elle n'aurait pas disposé d'une marge d'action et d'un pouvoir d'initiative suffisants pour être considérée comme un « vrai régulateur ».

Tel n'est plus le cas aujourd'hui. À l'évidence, l'Autorité est toujours gouvernée par le souci d'appliquer le droit, mais elle est regardée désormais comme une autorité de régulation pleine et entière. Elle a d'ailleurs été expressément qualifiée de telle en 2016 par le Conseil d'État dans la décision d'Assemblée « Société NC Numéricable » (21 mars 2016, n° 390023) qui consacre (avec la décision « Fairvesta » du même jour) le contrôle par le juge administratif de la légalité des actes de droit souple des autorités de régulation (évolution ensuite généralisée à l'ensemble des actes de droit souple par la décision de Section du Conseil d'État Gisti du 12 juin 2020). Cette évolution n'est pas simplement terminologique. En s'inscrivant dans la « régulation concurrentielle » l'Autorité va développer une conception beaucoup plus active de son office, l'idée qu'elle peut et doit agir par « tous moyens » pour rétablir ou instaurer une situation de libre concurrence dans les différents secteurs de l'économie.

Quelles sont les étapes qui ont permis cette évolution ?

Incontestablement, la confiance témoignée par le législateur a contribué à faire de l'Autorité un régulateur doté de moyens d'action particulièrement efficaces.

Une étape décisive a été à cet égard le choix, au moment de la création de l'Autorité par la LME, de lui transférer le pouvoir de décider sur les opérations de concentration économiques contrôlables en France. Retirer ce pouvoir essentiel au ministre de l'Économie n'a pas été sans susciter des réserves à l'époque, et il est vrai que la concession était de taille. Les plus grandes opérations de concentration soulèvent en effet régulièrement des enjeux stratégiques ou de restructuration industrielle qui les placent, par nature, dans la sphère de responsabilités du ministre de l'Économie. Force est de constater que le pouvoir d'évocation laissé alors au ministre de l'Économie (aujourd'hui régi par l'article L. 430-7-1 du code de commerce) a fait l'objet d'un usage très économe tant le ministre a veillé à laisser à l'Autorité une autonomie suffisante dans l'exercice de cette responsabilité (le ministre n'en ayant usé qu'à une seule occasion en 2018, pour le rachat du groupe Agripole par Cofigeo). Depuis 2008, l'Autorité a fait la preuve non seulement de son efficacité opérationnelle, - qui lui a permis de traiter des opérations en nombre toujours croissant, dans des délais toujours plus courts -, mais aussi de la rigueur de sa prise de décision, sous le contrôle vigilant du Conseil d'État. L'exercice du contrôle des concentrations a été marqué par une approche dynamique et novatrice. C'est en effet souvent à l'occasion du contrôle des concentrations que l'Autorité est conduite à prendre en compte, très en amont, les évolutions systémiques de l'économie. Elle a ainsi su, lorsque ces évolutions le justifiaient, modifier son analyse des marchés pour apprécier au mieux l'impact des opérations de fusions ou de rachats sur la dynamique concurrentielle. La décision Fnac-Darty de 2016 est emblématique à cet égard. Pour la première fois, était acté le rôle croissant des ventes en ligne pour la vente de nombreux produits électroniques ou d'électroménager, en concurrence directe avec la vente en magasins physiques. Cette décision a été suivie de nombreuses autres dans le domaine de la distribution, ce qui a facilité les restructurations dans un contexte où la vente en magasin physique subit de lourdes difficultés. Autre exemple, celui de la décision Se Loger-Logic-Immo (1er février 2018) qui est l'une des premières portant sur le rachat de pures plateformes en ligne et a permis à l'Autorité d'analyser pour la première fois les problématiques concurrentielles en prenant en compte ces notions devenues cruciales d'effets de réseau ou de multi homing. En exerçant le contrôle des concentrations de façon aussi innovante l'Autorité française a fait école au niveau international au point de devenir une référence.

Mais le fait de doter l'Autorité du contrôle des concentrations a eu un autre effet majeur. Elle a donné à l'Autorité la capacité à développer une vision unifiée des marchés et des entreprises, aussi bien lorsqu'elle contrôle, ex post, les comportements des entreprises, à l'aune de la répression des manquements au droit de la concurrence que, de façon prospective, lorsqu'elle s'attache à analyser les effets des concentrations projetées sur la dynamique de concurrence des marchés. On peut mesurer, rétrospectivement, à quel point l'utilisation concomitante de ces deux prérogatives a contribué à renforcer la compréhension en profondeur des évolutions des marchés et des entreprises.

Il y a eu plus. Ce double pouvoir a en effet reçu un renfort supplémentaire par la rénovation du pouvoir d'avis de l'Autorité. Celui-ci était prévu dès la création du Conseil de la concurrence, mais s'exerçait soit sur les textes qui lui étaient soumis de façon obligatoire, soit sur saisine de différentes autorités ou entités, dont le ministre de l'Économie. En 2008, l'Autorité a accédé à un degré de maturité supplémentaire, en se voyant reconnaître par la loi LME une capacité d'autosaisine pour élaborer des avis ou enquêtes sectorielles.

L'Autorité s'est pleinement saisie de ce nouvel outil pour mener une politique d'avis particulièrement dynamique, lui permettant de radiographier la situation concurrentielle d'un secteur et de

proposer des évolutions de sa régulation (ainsi des avis « santé » de 2013 et 2019 qui évoquaient notamment le monopole des officines pour la distribution des médicaments). Cet outil a également été crucial lorsque l'Autorité s'est donné pour priorité de traiter les enjeux numériques, car elle a alors lancé de façon continue une série d'enquêtes sectorielles ambitieuses portant sur tous les aspects de l'économie numérique : publicité en ligne via les moteurs de recherche ou la publicité display, algorithmes, fintech et paiements en ligne, cloud, intelligence artificielle … Par ces avis novateurs, l'Autorité a préparé le terrain pour éclairer les acteurs du marché sur les pratiques à risque concurrentiel, mais a aussi été mise à même d'intervenir plus efficacement ensuite pour réprimer les abus commis dans ces nouveaux marchés encore en évolution très rapide. Indéniablement, cette politique ambitieuse en matière d'avis a permis à l'Autorité d'intervenir ensuite très rapidement sur des dossiers complexes comme celui des règles de fonctionnement de la plateforme de publicité en ligne de Google (décisions Amadeus et Gibmedia) mais aussi dans les dossiers des Droits voisins, de la publicité programmatique de Google ou encore dans le dossier Apple ATT portant sur un changement des règles d'Apple en matière de protection des données des utilisateurs.

"L'autonomie en matière d'avis et enquêtes sectorielles donne à l'Autorité une réelle capacité de pilotage et d'anticipation, qui signe son appartenance à la catégorie des autorités de régulation."

Ces exemples montrent qu'il existe une fertilisation croisée entre les différents modes d'action de l'Autorité, et que cette dernière peut désormais choisir d'intervenir en recourant à tel ou tel outil de sa palette. Sur des marchés encore en plein développement comme celui de l'intelligence artificielle (l' « IA »), elle procèdera d'abord à une étude pour mieux en décrypter les acteurs et les dynamiques, avec l'appui du service de l'économie numérique qu'elle a créé en son sein en 2020. Lorsqu'elle reçoit des saisines d'entreprises s'estimant victimes de pratiques anticoncurrentielles, comme ce fut le cas avec l'affaire Google Newscorp, elle a pu devenir, en 2021, la première autorité, au niveau mondial, à identifier des abus de position dominante commis par Google entachant le fonctionnement des plateformes de publicité programmatique (une décision qui a ensuite fait école au niveau européen puis aux États-Unis). Pour traiter ce dossier complet, elle a pleinement bénéficié de la connaissance qu'elle avait acquise par son étude sectorielle sur la publicité en ligne en 2018. Même si le rôle des saisines demeure essentiel en matière de répression des pratiques anticoncurrentielles, l'autonomie en matière d'avis et enquêtes sectorielles donne à l'Autorité une réelle capacité de pilotage et d'anticipation, qui signe son appartenance à la catégorie des autorités de régulation.

Cette évolution a reçu une confirmation supplémentaire lorsque la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques de 2015 a, en outre, confié à l'Autorité une mission spécifique en matière de régulation des professions réglementées (notaires, huissiers devenus commissaires de justice, greffiers des tribunaux de commerce, avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation.). De façon très novatrice, pour des professions dont le suivi relevait jusqu'alors de la seule compétence du ministère de la Justice, c'est un regard économique et concurrentiel indépendant que l'Autorité a pu mettre en place. La loi avait défini un modèle original, consistant à instituer une possibilité de « libre installation » au sein de ces professions réglementées, en faisant reposer sa mise en œuvre progressive sur des « cartes » élaborées par l'Autorité, sur la base d'une étude approfondie des besoins de la population et des perspectives économiques. Grâce aux efforts déployés, la démonstration a été faite qu'une réforme de ces professions réglementées était possible. De fait, l'objectif d'une plus grande ouverture de ces professions (y compris sur le plan de l'ouverture sociale et de la répartition entre hommes et femmes) et d'une meilleure satisfaction des besoins du public a été atteint, sans que les appréhensions initiales des instances et professionnels concernés ne se soient matérialisées. L'un des atouts de l'Autorité, pour mener à bien cette tâche qui n'était pas aisée, a été sans doute cette vision transversale

du fonctionnement de l'économie qu'elle avait acquise au cours des années.

Un dernier exemple de la nouvelle approche de régulation suivie par l'Autorité est son maniement des outils procéduraux dont elle dispose : elle a su notamment utiliser la procédure d'engagements comportementaux pour remédier aux risques concurrentiels soulevés par certaines opérations (on pourra ainsi songer aux engagements structurels sophistiqués retenus lors de la fusion Canal + TPS en 2006, que l'Autorité a appliqués d'une main ferme, au point de retirer en 2011 l'autorisation délivrée pour non-respect de ces engagements). La procédure d'engagements a également été très abondamment utilisée en matière de pratiques anticoncurrentielles, et permet de façon souple et rapide de répondre à des préoccupations de concurrence. On pourra songer ainsi aux engagements acceptés dans l'affaire Booking en 2015, ou encore à la décision acceptant en 2022 des engagements de Meta pour ses pratiques en matière de régies de publicité en ligne, et répondant aux préoccupations des acteurs du secteur. Elle a pleinement utilisé le nouvel outil de la transaction qui lui avait été confié par la loi de 2015, à une époque où cet outil novateur suscitait de fortes réticences. Ainsi en 2016, la sanction de 80 millions d'euros infligée à Altice pour l'infraction de « gun jumping » (mise en œuvre anticipée d'une concentration) donnait lieu à la première signature d'une transaction, qui allait être suivie de beaucoup d'autres. En donnant à l'entreprise sanctionnée une visibilité sur la « fourchette de sanctions », et en permettant aux parties de faire l'économie de recours à l'issue aléatoire, cette procédure a accru la capacité de pilotage de l'Autorité. En effet, c'est elle qui peut décider, ou non, de proposer une transaction aux entreprises mises en cause. Enfin l'un des exemples les plus marquants de l'approche très « graduée » de l'intervention de l'Autorité est son utilisation des mesures conservatoires. Par cet outil souple qui permet d'intervenir très rapidement, l'Autorité peut prendre des décisions très rapidement afin de prévenir que des pratiques n'affectent irrémédiablement des entreprises ou le marché. C'est en recourant à cet outil que l'Autorité a pu, dans une affaire qui a connu ensuite de nombreux épisodes, intervenir en quelques mois, en avril 2020, dans l'affaire Google Droits voisins qui soulevait de nombreuses questions nouvelles sur l'application de la directive droits voisins. La succession des décisions rendues, que ce soit la mesure conservatoire initiale assortie de nombreuses injonctions, la décision de sanction de 500 millions d'euros en 2021 pour non-respect de ces injonctions, les engagements souscrits par Google en 2022, et en 2024, la sanction de 250 millions d'euros pour non-respect de ces engagements (conclue par transaction) montre que l'exercice de la régulation n'est pas un long fleuve tranquille. Mais le résultat est là, puisque la France est l'un des seuls pays où des accords ont été conclus dans des délais brefs pour mettre en œuvre cette directive visant à un rééquilibrage de la chaîne de valeur des contenus en ligne en faveur des éditeurs et agences de presse. Et seule une approche dynamique de régulation pouvait permettre d'atteindre un respect effectif du droit de la concurrence dans ce contexte.

Si l'on se tourne vers l'avenir à présent, peut-on dire que le modèle de l'Autorité est pérenne ? Est-elle bien armée pour faire face aux nouveaux défis que continue de poser, notamment, l'économie numérique ?

Un premier constat touche à l'efficacité du contrôle des concentrations, qui doit demeurer agile pour surveiller les acquisitions prédatrices ou « sous les seuils ». Dans l'attente d'une redéfinition attendue de ses pouvoirs pour examiner ou renvoyer ces catégories de concentration, l'Autorité a su utiliser de façon novatrice les options qui lui étaient reconnues par la jurisprudence. Ainsi, alors que de façon inattendue, la Cour de justice de l'Union européenne (la « CJUE ») avait dans son arrêt Illumina Grail de 2024 jugé que l'article 22 du règlement de 2004 ne permettait pas à une autorité nationale de concurrence de renvoyer à la Commission européenne une opération ne relevant pas des seuils nationaux de concentration, l'Autorité n'a pas tardé à développer une pratique fondée sur la caractérisation d'abus de position dominante appliquée à une opération de concentration, se fondant cette fois sur l'arrêt Towercast de la même CJUE en 2023. Elle a ainsi notamment sanctionné Doctolib en 2025 pour avoir fait l'acquisition de son concurrent Mondocteur.

Un deuxième constat tient à ce que le modèle du droit de la concurrence reste pleinement pertinent,

et ce y compris dans un cadre profondément renouvelé par l'adoption en 2022 du Digital Markets Act (le « DMA ») et la multiplication des règlements européens en matière numérique (Digital Services Act ou Artificial Intelligence Act). Il est clair que le DMA a fait la preuve de son utilité, et qu'il a permis de renforcer le droit de la concurrence par l'adoption d'une approche *ex ante* et complémentaire. Pour autant, la nature très « générale » du droit de la concurrence continue de le rendre incontournable. Ainsi la logique du DMA consistait notamment à définir (à l'article 2) les services essentiels de plateforme auxquels s'appliqueraient les obligations et interdictions (do's and don'ts) du nouveau règlement. Mais peu après que le règlement entre en vigueur, la révolution des agents d'IA est arrivée, et les services offerts n'étaient pas nécessairement couverts par le champ du DMA, les entreprises prestataires n'étant pas toujours non plus des « contrôleurs d'accès ». Certes, l'application du DMA permettra de prévenir ou réprimer certaines pratiques en lien avec le développement de l'IA et qui affecteraient les autres services essentiels. Mais l'exemple de l'IA montre combien il est difficile d'enfermer l'évolution des dynamiques économiques dans une énumération législative, aussi pertinente soit-elle. Pour répondre rapidement à des pratiques nouvelles, une approche dynamique de la régulation concurrentielle reste plus que jamais nécessaire.

"La mue effectuée par l'Autorité de la concurrence depuis 1986 la place en bonne position pour veiller, notamment, à ce que la révolution de l'IA permette de bénéficier des bienfaits de cette innovation majeure."

Un troisième constat, sous forme d'espoir, tient à la conviction que la culture de la concurrence qui anime les acteurs de la régulation concurrentielle est le meilleur des viatiques pour affronter l'avenir. La période actuelle est anxiogène tant la puissance de feu de l'intelligence artificielle semble menacer d'obsolescence des métiers et professions tout entiers. Les acteurs économiques doivent dans des échéances très brèves tirer parti de ces nouvelles capacités tout en maintenant la création de valeur. Dans ce contexte, la responsabilité propre des décideurs et autorités publiques est grande. Il s'agit notamment d'exercer la mission qui leur est confiée, au nom de l'intérêt général, et dans le cadre fixé par le législateur. Cette responsabilité éminente n'est pas substituable par une IA. La mue effectuée par l'Autorité de la concurrence depuis 1986 la place en bonne position pour veiller, notamment, à ce que la révolution de l'IA permette de bénéficier des bienfaits de cette innovation majeure sans que des entreprises ne puissent la mettre à profit pour biaiser le fonctionnement des marchés. Je souhaite une pleine réussite à l'Autorité et à tous ceux qui la font vivre au quotidien pour mener ce combat pour les années qui viennent.

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



Johannes Laitenberger

Directeur général de la DG Concurrence de la Commission européenne de 2015 à 2019
Juge au Tribunal de l'Union européenne

Des mesures provisoires en droit de la concurrence : retenue ou pragmatisme - quelques réflexions sur les pratiques de l'Union et françaises (article 8 du règlement 1/2003 et article L. 464-1 du code de commerce)

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

Autorité de la concurrence

C'est pour moi un grand honneur d'avoir reçu l'invitation de M. Benoît Cœuré, président de l'Autorité de la concurrence française, et un vrai plaisir de contribuer à l'ouvrage publié à l'occasion du quarantième anniversaire de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

C'est avec cette ordonnance que la République française a inauguré une nouvelle ère de sa politique de concurrence, qui se trouve aujourd'hui pleinement intégrée dans l'approche coordonnée mais toujours pluraliste et diverse du Réseau européen de la concurrence.

Au cours de mon activité professionnelle à la Commission européenne, dernièrement en tant que directeur général de la concurrence de 2015 à 2019, sous la direction politique de Mme Margrethe Vestager, membre de la Commission en charge de la concurrence, j'ai pris beaucoup de plaisir à collaborer avec l'Autorité de la concurrence, dirigée à cette époque tout d'abord par M. Bruno Lasserre et ensuite par Mme Isabelle de Silva.

"Parmi les sujets abordés avec nos partenaires de l'Autorité de la concurrence dans le temps, je garde un souvenir vif de la question de l'utilité des mesures provisoires dans des marchés à évolution fulgurante."

Depuis mon passage au Tribunal de l'Union européenne, j'observe ce travail avec un peu plus de distance, mais je continue à y voir une grande énergie, désormais sous la présidence de M. Cœuré.

Mon temps à la Commission a été marqué plus particulièrement par le défi de mettre le droit de la concurrence à la hauteur de l'économie numérique. Parmi les sujets abordés avec nos partenaires de l'Autorité de la concurrence dans le temps, je garde un souvenir vif de la question de l'utilité des mesures provisoires dans des marchés à évolution fulgurante. Cette question n'a rien perdu de son actualité.

Le droit de la concurrence sous la pression du temps – le défi des marchés numériques

Le droit de la concurrence est un instrument de contrôle *a posteriori*, portant sur des faits consolidés et débouchant sur une décision, voire une sanction définitive après des instructions complètes qui demandent souvent plusieurs années d'examen. Dans certaines situations, la rapidité de l'évolution des technologies et des marchés remet en cause l'effet utile de cette conception. La nature de l'économie numérique favorise dans certains cas une consolidation rapide au profit d'un seul opérateur[1]. Celle-ci se fait non seulement au détriment des offres concurrentes, mais engendre aussi des effets d'éviction susceptibles de réduire le bien-être des consommateurs.

Il en résulte un problème structurel de temporalité. Une pratique qualifiée d'illicite seulement à l'issue d'une enquête pluriannuelle, risque d'intervenir sur un marché qui a évolué entre-temps échappant à des corrections ultérieures effectives[2].

C'est ici qu'intervient la mesure provisoire, ou, comme elle est dénommée dans l'article L. 464-1 du code de commerce, la mesure conservatoire. Contrairement à la décision au fond, elle ne vise pas une appréciation juridique définitive du comportement, mais la préservation temporaire d'une situation de marché, afin d'empêcher que ne se créent des situations devenues irréversibles[3]. En même temps, elle doit être appliquée de sorte à ne pas créer l'effet contraire à la raison d'être du processus de la concurrence : elle se doit d'éviter de verrouiller l'évolution technologique et économique, voire d'anéantir le « processus de découverte » qui caractérise l'utilité de la concurrence pour les consommateurs[4].

Les mesures provisoires au titre de l'article 8 du règlement 1/2003

L'article 8, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 habilite la Commission, dans le cadre de procédures relatives à une infraction présumée aux articles 101 ou 102 TFUE, à ordonner d'office des mesures provisoires lorsque cela apparaît urgent pour éviter un préjudice grave et irréparable à la concurrence.

Pour cela, la Commission doit, d'une part, conclure, sur la base d'un examen *prima facie*, à l'existence d'une infraction au droit de la concurrence, d'autre part, à une urgence particulière résultant du risque d'un préjudice grave et irréparable pour la concurrence.

Au vu des défis précités, l'on aurait pu s'imaginer une utilisation plutôt proactive de cet instrument dans les décennies passées.

Ce n'était pourtant qu'en 2019 que la Commission a utilisé cette compétence dans l'affaire *Broadcom*, suspendant des clauses d'exclusivité risquant d'exclure des concurrents avant toute décision définitive[5]. Six ans et demi plus tard, elle a adopté sa deuxième décision sur le fondement de l'article 8 du règlement 1/2003 contre Meta, lui enjoignant, par décision du 9 juin 2026, de rétablir l'accès gratuit à des tiers à l'interface *WhatsApp Business* dans les conditions antérieures à sa modification d'octobre 2025 qui excluait les assistants IA concurrents au profit de *Meta AI*[6].

La pratique de l'Autorité de la concurrence française au titre de l'article L. 464-1 du code de commerce

En droit français, l'Autorité de la concurrence peut, d'office ou à la demande d'une entreprise concernée, ordonner des mesures conservatoires selon l'article L. 464-1 du code de commerce, lorsque la pratique examinée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, au secteur économique concerné, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante elle-même.

Au cours des vingt dernières années, l'Autorité a rendu une vingtaine de décisions relatives à des mesures conservatoires. Ce qui fait d'elle, de loin, l'autorité de concurrence des États membres de l'Union européenne y recourant le plus fréquemment[7].

La différence marquée dans la fréquence de recours à l'instrument nous a interpellés déjà à l'époque des conversations que j'ai eues avec l'Autorité de la concurrence. À première vue, elle pourrait sembler s'expliquer par le fait que la Commission, compétente pour des situations à l'échelle de l'Union, serait confrontée à des affaires plus complexes, voire plus novatrices, que celles auxquelles fait face l'Autorité, dont la compétence est limitée au marché français.

Deux décisions de l'Autorité plus récentes relatives aux plateformes numériques, contredisent toutefois cette explication et démontrent que les deux autorités peuvent traiter des profils d'affaires comparables, conformément à la logique du Réseau européen de la concurrence.

La décision du 9 avril 2020 portait sur le refus de Google de négocier avec les éditeurs de presse et les agences de presse une rémunération pour l'affichage de leurs contenus. L'Autorité a enjoint à Google de négocier de bonne foi, afin d'empêcher une aggravation de la situation défavorable aux éditeurs[8].

En 2023, de l'avis de l'Autorité, des pratiques de Meta entravaient l'accès de fournisseurs concurrents de service de vérification à des interfaces techniques essentielles. L'Autorité a enjoint à Meta de définir des critères d'accès objectifs, transparents, non-discriminatoires et proportionnés pour les partenariats « *viewability* » et « *brand safety* », selon une procédure transparente, tout en prononçant des mesures conservatoires pour accélérer l'accès d'Adloox à ces partenariats si sa demande est acceptée selon ces nouveaux critères[9].

La différence des profils d'affaires ne saurait donc expliquer la divergence dans la fréquence de recours à l'instrument. Quelles sont donc les raisons qui expliquent la différence d'approche ?

Comment rendre l'instrument opérationnel pour les marchés numériques ?

Des critères matériels semblables

Une hypothèse pour justifier la retenue de la Commission tient à des exigences matérielles supposément plus élevées qui caractériseraient le droit de l'Union en la matière[10].

Or, une comparaison avec les conditions matérielles posées par l'article L. 464-1 du code de commerce révèle cependant que les différences de fond sont moins marquées que ne le suggère cette explication.

La jurisprudence historique du juge de l'Union a jugé suffisante l'existence d'une infraction « à première vue »[11] en soulignant qu'on ne saurait confondre l'exigence de la constatation d'une infraction *prima facie* avec la certitude requise pour la décision finale[12]. De plus, la Cour de justice a assoupli le critère du préjudice grave et irréparable en constatant qu'il n'était pas nécessaire d'établir l'existence d'obstacles structurels ou juridiques à sa réparation[13].

Ce standard ne diffère pas considérablement du critère de l'atteinte grave et immédiate prévu en droit français, auquel s'ajoute l'exigence que la pratique en cause soit « susceptible de constituer une pratique anticoncurrentielle » consacrée dans la jurisprudence de la Cour de cassation[14].

La Commission relève elle-même l'existence d'un malentendu répandu quant aux exigences matérielles de l'article 8 du règlement 1/2003, les critères étant moins stricts que perçu[15].

Une procédure apte au caractère d'urgence

La clé d'explication semble résider plutôt dans l'organisation procédurale.

La procédure qui doit être menée par la Commission pour adopter des mesures provisoires entraîne en pratique un doublement de la charge procédurale, dès lors qu'une procédure d'urgence, largement autonome mais tout aussi lourde, doit être menée parallèlement à la procédure au fond[16]. Les droits procéduraux des entreprises y sont garantis par une procédure écrite assortie de délais relativement longs[17]. Même s'il est vrai que la Commission a pu appliquer des mesures provisoires dans l'affaire *Meta* dans un délai assez court[18], cette procédure demande des ressources très considérables, ce qui peut expliquer la réticence à l'égard de la mise en œuvre de l'instrument.

En procédure française, en revanche, l'audition des parties se déroule le plus souvent dans le cadre d'une séance orale, la demande de mesures provisoires est présentée à titre accessoire à une procédure au fond déjà pendante, et les délais sont, dans l'ensemble, plus courts que dans la procédure du droit de l'Union[19]. Cette organisation procédurale permet à l'Autorité, d'une part, de statuer sur une demande en l'espace de quelques mois, et, d'autre part, de faire usage des mesures conservatoires régulièrement[20]. La procédure française apparaît ainsi structurellement mieux adaptée à la nature particulière des mesures provisoires que la procédure du droit de l'Union.

"[La procédure française] démontre qu'un système efficace de mesures provisoires peut être mis en place sans abaisser le niveau de protection des entreprises concernées."

Dans ces conditions, l'explication centrale de la divergence des pratiques et la clé pour assurer l'efficacité des mesures provisoires face aux défis des marchés numériques réside dans une organisation procédurale différente[21].

Perspectives : pistes de révision pour le règlement 1/2003

Dans le contexte de la réflexion sur une révision du règlement 1/2003, les contributions de la pratique, ainsi que de la doctrine, s'interrogent par conséquent sur l'organisation procédurale des mesures provisoires et sur des voies permettant de concilier les droits légitimes des entreprises concernées à être entendues et à se défendre avec l'exigence d'urgence propre aux mesures provisoires.

Le droit français offre à cet égard un point d'inspiration. Sa procédure démontre qu'un système efficace de mesures provisoires peut être mis en place sans abaisser le niveau de protection des entreprises concernées. Compte tenu, précisément, de la dynamique particulière des marchés numériques, il paraît opportun d'approfondir la réflexion.

L'anniversaire de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence est un bon moment pour rendre hommage aux contributions de l'Autorité de la concurrence française étendues et efficaces à la protection de la concurrence dans le marché unique de l'Union européenne.

1 Despoina Mantzari, « Interim Measures in EU Competition Cases: Origins, Evolution, and Implications for Digital Market », Journal of European Competition Law & Practice, 2020, Vol. 11, No. 9, p. 495.

2 Alexandre Ruiz Feases, « Sharpening the European Commission's tools: interim measures », European Competition Journal, 2020, Vol. 16, No. 2-3, page 404.

3 Charlotte Emin/Massimiliano Kadar, « Article 8 Interim Measures », dans : Regulation 1/2003 and EU Antitrust Enforcement – A Systematic Guide, Kluwer 2022, page 258.

4 Friedrich August Hayek, « Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren », dans : Freiburger Studien (1969), pages 249-265.

5 Décision de la Commission du 16 octobre 2019, affaire AT.40608 – Broadcom, pages 127-128.

6 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_26_1276, consulté le 14.09.2026.

7 Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le cadre juridique applicable aux mesures provisoires adoptées par les autorités nationales de concurrence et le recours à ces mesures, COM(2024) 394 final, page 11.

8 Décision n° 20-MC-01 du 9 avril 2020, page 71.

9 Décision n° 23-MC-01 du 4 mai 2023, pages 80-81.

10 Emmanuelle Claudel, « Urgence et concurrence : les autorités de concurrence peuvent-elles intervenir à temps ? », 2022, Concurrence ; Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le cadre juridique applicable aux mesures provisoires adoptées par les autorités nationales de concurrence et le recours à ces mesures, COM(2024) 394 final, page 7.

11 Arrêt du Tribunal du 12 juillet 1991, T-23/90, Peugeot, EU:T:1991:45, paras 21 et 37.

12 Arrêt du Tribunal du 24 janvier 1992, T-44/90, La Cinq, EU:T:1992:5, paras 61-62.

13 Ordonnance du Président de la Cour du 11 mars 2002, C-481/01 P (R), NDC Health/IMS, EU:C:2002:223, para. 70.

14 Arrêt de la Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 8 novembre 2005, 04-16.857.

15 Commission Staff Working Document Evaluation of Regulations 1/2003 and 773/2004, SWD(2024) 217 final, pages 208-209 ; voir aussi en ce sens Alexandre Ruiz Feases, « Sharpening the European Commission's tools: interim measures », European Competition Journal, 2020, VoL. 16, No. 2-3, pages 413-414.

16 Carla Farinhas, « Commission's evaluation of Regulation 1/2003 and Regulation 773/2004: implications for interim measures proceedings in competition law », European Competition Journal, 2026, VoL. 22, p. 209 ; Emmanuelle Claudel, « Urgence et concurrence : les autorités de concurrence peuvent-elles intervenir à temps ? », 2022, Concurrence.

17 Commission Staff Working Document Evaluation of Regulations 1/2003 and 773/2004, SWD(2024) 217 final, page 209 ; cf. la décision de la Commission du 16 octobre 2019, affaire AT.40608 – Broadcom, pages 7-8.

18 La décision était prise en environ 6 mois, voir https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_26_1276, consulté le 14.09.2026.

19 Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le cadre juridique applicable aux mesures provisoires adoptées par les autorités nationales de concurrence et le recours à ces mesures, COM(2024) 394 final, page 9.

10 Contribution française à l'OCDE de 2022 sur les mesures provisoires dans les enquêtes de concurrence, DAF/COMP/WP3/WD(2022)5, page 2 ; voir par exemple les décisions n° 21-D-12 du 11 juin 2021, n° 20-MC-01 du 9 avril 2020, n° 14-MC-01 du 30 juillet 2014, ainsi que n° 10-MC-01 du 30 juin 2010.

21 Charlotte Emin/Massimiliano Kadar, « Article 8 Interim Measures », dans : Regulation 1/2003 and EU Antitrust Enforcement – A Systematic Guide, page 270.

22 https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14729-EU-antitrust-procedural-rules-revision-/public-consultation_fr, consulté le 21.09.2026.

23 Voir par exemple Carla Farinhas, « Commission's evaluation of Regulation 1/2003 and Regulation 773/2004: implications for interim measures proceedings in competition law», European Competition Journal, 2026, VoL. 22, p. 211 et sqq.

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



Stanislas Martin

Rapporteur général de l'Autorité de la concurrence de 2017 à 2025

« Killer acquisitions » : Catch me if you (Continental) Can

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

Autorité de la concurrence

L'ordonnance de 1986, dont nous fêtons les 40 ans, crée pour la première fois en France un régime de contrôle des concentrations, trois ans avant le règlement (CEE) n° 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises. L'équilibre reposait alors sur un régime de notification facultative : si la part de marché combinée de la nouvelle entité dépassait 25 % sur un marché, l'entreprise concernée pouvait soumettre au ministre de l'Économie son projet de concentration ou une concentration réalisée depuis moins de trois mois. À défaut, le ministre pouvait à tout moment saisir le Conseil de la concurrence de l'opération.

Ce système, que j'ai pratiqué dans ses dernières années, à mes débuts à la DGCCRF, a fonctionné de manière satisfaisante pendant 15 ans. Au rang de ses avantages, il était économe en ressources tant pour les entreprises que pour l'administration. Il y avait une trentaine de notifications par an, qui étaient prises en charge par 3 ou 4 fonctionnaires. En 2025, 340 opérations ont été notifiées, traitées par environ 25 rapporteurs du service des concentrations, appuyés par le service économique, dans un contexte où les analyses sont certes devenues infiniment plus sophistiquées que dans les années 1990.

Cette phase initiale d'acculturation des marchés et des pouvoirs publics au contrôle des concentrations présentait aussi des inconvénients. Le seuil de déclenchement du contrôle à partir d'une part de marché de 25 % était peu sécurisé juridiquement, la délimitation des marchés pertinents pouvant donner lieu à débats, *a fortiori* dans un contexte pionnier peu balisé par la pratique décisionnelle. Une autre fragilité du système est qu'il impliquait un mécanisme de surveillance du marché pour intervenir sur les opérations potentiellement problématiques non notifiées, qui, en l'état des ressources et des technologies disponibles, était assez sommaire et reposait pour l'essentiel sur les plaintes de tiers.

En 2002, à la faveur de la volonté du gouvernement de Lionel Jospin de mettre en place des « *nouvelles régulations économiques* » (NRE), le système bascule vers un régime de notification obligatoire, « *en harmonie avec le droit communautaire* », pour reprendre les termes de l'exposé des motifs de la loi NRE.

La loi NRE ouvre un nouveau cycle d'une quinzaine d'années pendant lesquelles le système de notification obligatoire fonctionne de manière satisfaisante, sans susciter de débats particuliers. À partir de 2017, la pertinence des seuils de notification a commencé à être questionnée en France ; l'une des tables rondes du colloque consacré au contrôle des concentrations de l'association des Avocats Pratiquant le Droit de la Concurrence (APDC), à laquelle je participais, questionnait alors : « *Certaines opérations néfastes pour la concurrence échappent-elles à tout contrôle en Europe ?* ». À cette occasion sont évoquées différentes pistes de réformes législatives (pouvoir d'évocation, seuil en valeur de la transaction, seuil en valeur des actifs…), inspirées des législations américaines ou de certains pays européens. Mais sont également évoquées deux options à droit constant, pouvant être mises en œuvre sans délai : un changement de la doctrine d'emploi de l'article 22 du règlement sur les concentrations par la Commission européenne et la remise au goût du jour de l'arrêt *Continental Can* de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) (1973).

Aux origines de l'article 22 du règlement sur les concentrations de 1989, qui prévoit la possibilité pour les États membres de renvoyer à la Commission « *toute concentration* », on trouvait notamment la volonté de pallier l'absence d'un régime national de contrôle des concentrations dans de nombreux États membres, à telle enseigne que cet article était surnommé la « clause hollandaise », puisqu'introduit à la demande des Pays-Bas, alors dépourvus de contrôle des concentrations. Les États membres se sont progressivement dotés de régimes nationaux de contrôle, et aujourd'hui seul le Luxembourg en est encore dépourvu.

Prenant acte de ces évolutions des législations nationales, la Commission a amorcé une inflexion de sa doctrine d'emploi sur les renvois article 22 à partir de sa Communication sur les renvois de 2005. À partir de ce moment, la Commission adopte une politique constante consistant à refuser les renvois à la demande d'autorités nationales qui ne sont pas compétentes sur la base de leur propre législation. C'est un choix en opportunité de la Commission, qui par le passé a pu examiner des opérations renvoyées à la demande d'États membres non compétents sur le fondement de leur législation nationale, ou

dépourvus de législation nationale, par exemple dans l'affaire *Blokker/Toys « R » Us* de 1997, renvoyée par les Pays-Bas alors que cet État membre n'était pas encore doté d'un régime national de contrôle des concentrations.

L'arrêt *Continental Can* de la CJUE a quant à lui posé le principe, en 1973, alors qu'il n'existait pas de contrôle des concentrations au niveau européen, « *qu'est* [...] *susceptible de constituer un abus le fait, par une entreprise en position dominante, de renforcer cette position au point que le degré de domination ainsi atteint entraverait substantiellement la concurrence, c'est-à-dire ne laisserait subsister que des entreprises dépendantes, dans leur comportement, de l'entreprise dominante* ». L'adoption du règlement européen sur les concentrations en 1989 a fait perdre à l'arrêt *Continental Can* une bonne part de son intérêt pratique, sans remettre en cause son applicabilité de principe, puisqu'il mentionne à son considérant 7 que « *[l]es articles [101] et [102 TFUE], tout en étant applicables,* [...] *ne suffisent pas pour contrôler toutes les opérations de concentrations qui risquent de se révéler incompatibles avec [un] régime de concurrence non faussé* ».

Le débat sur les « *killer acquisitions* », déjà en toile de fond en septembre 2017 à la conférence de l'APDC où a été lancé le premier ballon d'essai sur l'article 22 et *Continental Can*, va continuer à se développer entre 2018 et 2020, dans la littérature académique ou dans des forums tels que l'OCDE, avec un focus sur les secteurs pharmaceutiques et du numérique.

Il va trouver sa première traduction opérationnelle par l'envoi le 25 juin 2018 d'une notification de griefs par les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence à la société TDF, où il lui était reproché d'avoir abusé de sa position dominante en ayant pris le contrôle de son concurrent Itas, dans la droite ligne de l'arrêt *Continental Can*.

Le collège de l'Autorité ne suivra cependant pas les services d'instruction et prononcera un non-lieu dans sa décision 20-D-01 du 16 janvier 2020, en considérant en substance qu'il « *y a lieu de considérer que l'adoption d'un dispositif de contrôle des concentrations au niveau de l'Union européenne a,* de facto*, rendue obsolète l'application de la jurisprudence Continental Can* ».

Cette analyse, contestée par le saisissant Towercast, fait alors l'objet d'une question préjudicielle posée à la CJUE par la cour d'appel de Paris. Dans l'arrêt *Towercast* du 16 mars 2023 qui en résulte, la CJUE dit pour droit que le règlement (CE) n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations ne saurait faire obstacle à ce qu'une opération de concentration dépourvue de dimension communautaire soit soumise à un contrôle par les autorités et juridictions nationales de la concurrence, sur le fondement de l'effet direct de l'article 102 TFUE, en recourant à leurs propres règles de procédure. Cinq jours plus tard, le 21 mars, l'auditeur général de l'Autorité belge de concurrence ouvrait une instruction d'office pour déterminer si la concentration entre Proximus et EDPnet constituait un abus de position dominante.

Par la suite, tout en prononçant un non-lieu sur l'affaire, l'Autorité de la concurrence a étendu dans sa décision dite « équarrissage » (24-D-05 du 2 mai 2024) la portée de l'arrêt *Towercast*, qui concernait l'article 102, à l'article 101, ce dernier ayant, comme l'avait rappelé l'avocate générale Kokott dans ses conclusions sous l'arrêt *Towercast*, un effet direct au même titre que l'article 102.

En parallèle, le débat sur l'utilisation de l'article 22 « sous les seuils » a connu à son tour une traduction opérationnelle. Dans sa décision *Towercast* de 2020, tout en rejetant l'application de l'article 102 à une concentration « sous les seuils », l'Autorité appelait à une évolution de la doctrine d'emploi de l'article 22 : une « *opération de concentration qui n'atteindrait pas les seuils définis à l'article 1er du règlement n° 139/2004 peut être renvoyée à la Commission lorsque les conditions prévues à l'article 22 du règlement précité sont remplies et ce, alors même qu'elle ne serait pas soumise à une notification obligatoire au regard des dispositions du code de commerce* ».

Un an plus tard, le 19 février 2021, la Commission a adressé aux États membres et aux autres États parties à l'accord EEE, en application de l'article 22, paragraphe 5, du règlement 139/2004, une lettre les informant de l'opération de concentration Illumina/Grail, dans le secteur des tests médicaux, et les invitant à lui soumettre une demande de renvoi. Le 9 mars, l'Autorité de la concurrence renvoie l'examen de l'opération, non contrôlable en France, à la Commission. Cinq États membres se joignent ensuite à la demande de la France. Parallèlement, le même mois, la Commission modifie sa Communication sur les renvois pour l'adapter à sa nouvelle politique de mise en œuvre de l'article 22.

Après de nombreuses péripéties, la CJUE finit par mettre fin à l'usage des renvois article 22 pour appréhender les « *killer acquisitions* » sous les seuils. Le 3 septembre 2024, à la suite d'une « *interprétation littérale, historique, contextuelle et téléologique du règlement sur les concentrations* », elle annule les décisions par lesquelles la Commission a accueilli des demandes d'autorités nationales de concurrence visant à faire examiner le projet de concentration, ainsi que les décisions subséquentes de la Commission.

La voie de l'article 22 étant fermée, il reste donc la voie de l'insubmersible arrêt *Continental Can*, remis au goût du jour par l'arrêt *Towercast*.

Celui-ci a l'avantage de permettre de traiter, de manière ciblée, les opérations les plus problématiques ; les autorités de concurrence ne sont plus aussi démunies que lorsque le débat a été lancé, au tout début de mon mandat en 2017. Même si l'usage de *Continental Can* ne pourra pas être systématique ou massif, ne serait-ce qu'en raison de la plus grande lourdeur et longueur de la procédure antitrust par rapport à une procédure de contrôle des concentrations, l'existence de cette possibilité devrait avoir un effet disciplinant sur les marchés, les entreprises devant prendre en compte ce paramètre dans leur évaluation du risque.

> *"La voie de l'article 22 étant fermée, il reste donc la voie de l'insubmersible arrêt* Continental Can*, remis au goût du jour par l'arrêt* Towercast*."*

Un système reposant exclusivement sur les articles 101 et 102 présente cependant certains inconvénients.

L'Autorité ne peut intervenir qu'*ex post* ; parfois l'intégration de la cible aura déjà eu lieu et il ne sera pas possible de revenir à l'état antérieur. Comme disent les anglo-saxons : « *You can't unscramble the eggs* ». C'est la situation à laquelle l'Autorité a été confrontée dans sa première décision appliquant l'article 102 à une concentration (25-D-06 du 6 novembre 2025, Doctolib).

La CJUE a déduit de l'article 21 du règlement 139/2004 sur les concentrations que le règlement (CE) n° 1/2003 n'était pas applicable dans une telle configuration. Cela emporte une double conséquence. D'une part, en l'absence de règlement de procédure applicable, la Commission ne peut pas appliquer *Continental Can*, qui demeure l'apanage des seuls États membres. D'autre part, les mécanismes de coordination et de coopération prévus aux articles 11 à 16 du règlement n° 1/2003 ne sont pas applicables, ce qui pourrait conduire à un risque de fragmentation du droit de l'Union, même si une coopération informelle peut permettre de mitiger ce risque.

Enfin, le système crée incontestablement une certaine insécurité juridique pour les entreprises. Pendant les 5 ans suivant la réalisation de l'opération (l'Autorité ayant tranché dans sa décision *Doctolib* en faveur de la qualification d'infraction instantanée – ou permanente – et non continue), une épée de Damoclès continue de peser sur la concentration.

Dès 2017, l'Allemagne et l'Autriche ont complété leurs seuils de contrôle traditionnels, exprimés en chiffre d'affaires, par un seuil fondé sur la valeur de la transaction, dans le but d'appréhender les « *killer acquisitions* ». Dans le même temps une petite dizaine d'États membres a créé, renforcé ou envisage un système d'évocation (« *call-in powers* »), leur permettant d'attraire des opérations sous les seuils susceptibles de porter une atteinte significative à la concurrence.

L'Autorité de la concurrence a mené deux consultations publiques, en 2017 et 2018, examinant différentes options. À l'issue de ces consultations, sans écarter la possibilité de légiférer ultérieurement, elle avait considéré que le recours à l'article 22 du règlement concentrations constituait une solution pertinente à droit constant.

À la suite de l'arrêt *Illumina/Grail*, qui est venu fermer cette voie procédurale en septembre 2024, l'Autorité a relancé une consultation en 2025, à l'issue de laquelle, tout en rappelant la possibilité d'un contrôle *ex post* sur le fondement des arrêts *Continental Can* et *Towercast*, elle semble incliner vers un système de *call-in* sur le modèle, par exemple, de l'Italie ou de la Suède.

La difficulté d'un tel système est qu'il implique de fixer des critères suffisamment clairs pour garantir une relative sécurité juridique aux entreprises, mais aussi suffisamment souples pour permettre d'appréhender des configurations de marché très différentes. C'est un équilibre difficile à trouver.

Une alternative, qui avait certes été écartée par l'Autorité en 2018, serait de revisiter l'ordonnance de 1986 et son système de notification facultative avec un seuil en parts de marché, à l'époque relativement bas (25 %). La Slovénie a adopté un tel système, avec un seuil élevé (60 %).

"La difficulté d'un [système d'évocation] est qu'il implique de fixer des critères suffisamment clairs pour garantir une relative sécurité juridique aux entreprises, mais aussi suffisamment souples pour permettre d'appréhender des configurations de marché très différentes."

Ce système n'est certes pas sans défauts, mais les faiblesses identifiées dans les années 1990 sont aujourd'hui mitigées : une pratique décisionnelle abondante, en France et en Europe, a délimité de nombreux marchés pertinents, et l'accès à l'information économique est aujourd'hui beaucoup plus facile qu'à l'époque.

Cette option vintage – comme l'était l'arrêt *Continental Can* avant l'arrêt *Towercast* – et qui, avec ses limites, a fait ses preuves pendant 15 ans, me semblerait digne d'examen.

Le sujet des « *killer acquisitions* », qui a accompagné mes huit années de mandat en tant que rapporteur général, n'est donc pas clos, mais on ne peut que constater que l'Autorité, héritière du Conseil de la concurrence de 1986, a joué un rôle moteur dans ces débats qui ont refaçonné le droit des concentrations et des pratiques anticoncurrentielles en Europe.



Michel Ponsard

Avocat et Président de l'Association française d'étude de la concurrence

L'inefficience des gains d'efficience

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

Autorité de la concurrence

Le quarantième anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986 conduit à s'interroger sur les chantiers qui pourraient occuper l'Autorité de la concurrence dans les prochains mois et années. L'évolution de l'analyse concurrentielle par une meilleure prise en compte des gains d'efficience pourrait être l'un de ces chantiers importants. En effet le Rapport Draghi a incité la Commission européenne à faire évoluer sa politique de concurrence en renforçant son analyse dynamique des dossiers et en tenant compte davantage dans ses analyses de l'apport de l'innovation, mais aussi de la nécessité de renforcer le développement durable, pour in fine renforcer la compétitivité des entreprises européennes.

Bien que les gains d'efficience puissent permettre de sauver une entente restrictive de concurrence[1], un abus de position dominante[2] ou une concentration[3] si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence, l'analyse des décisions montre que si les gains d'efficience sont parfois invoqués par les parties et en conséquence examinés dans les décisions rendues par les autorités de concurrence, voire pris en compte pour partie, ils ne sont que très rarement déterminants pour sauver une concentration restrictive de concurrence ou une pratique anticoncurrentielle.

"L'analyse des décisions montre que [les gains d'efficience] ne sont que très rarement déterminants pour sauver une concentration restrictive de concurrence ou une pratique anticoncurrentielle."

Un test complexe

En matière de concentrations, les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence de 2020 rappellent que trois critères cumulatifs s'imposent : les gains doivent être quantifiables et vérifiables, spécifiques à la concentration, et une part de ces gains doit être transférée aux consommateurs[4]. L'Autorité précise que les gains doivent en outre intervenir en temps utile par rapport aux effets anticoncurrentiels[5]. Sont mentionnés à titre d'illustration les gains de coûts, du fait d'économies d'échelle ou de gains de productivité[6] pour autant qu'ils soient transférés à la collectivité, l'enrichissement et l'amélioration de la qualité des produits et services offerts aux consommateurs[7], les retombées économiques pour la collectivité et l'amélioration des capacités d'innovation et de renforcement des moyens de recherche et développement[8], l'amélioration de la compétitivité internationale[9] et les gains d'efficacité économique spécifiques aux concentrations verticales et conglomérales[10].

En matière d'entente, l'article 101, paragraphe 3, du TFUE et son équivalent français posent quatre conditions cumulatives : contribution à l'amélioration de la production ou de la distribution, ou à la promotion du progrès technique ou économique ; part équitable du profit pour les utilisateurs ; caractère indispensable des restrictions ; absence d'élimination de la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause, comme le rappelle par exemple la décision de l'Autorité relative au secteur des farines alimentaires[11].

En matière d'abus de position dominante, la Cour de justice, dans l'arrêt *Post Danmark I*, exige de l'entreprise dominante qu'elle démontre que les gains d'efficacité neutralisent les effets préjudiciables probables de la pratique sur la concurrence et les consommateurs, qui ont été ou sont susceptibles d'être réalisés grâce au comportement en cause, que ce comportement est indispensable à leur réalisation, et qu'il n'élimine pas une concurrence effective.

Une absence de prise en compte déterminante des gains d'efficience dans les décisions de l'Autorité de la concurrence

En matière de concentrations, aucune décision ne ressort comportant une prise en compte déterminante des gains d'efficience permettant à eux seuls de sauver une opération portant une atteinte substantielle à la concurrence. Le Conseil d'État a, dès l'affaire *Pernod-Ricard/Coca-Cola*, posé un principe toujours en vigueur : les avantages qui ne profitent qu'aux parties, tels que les liquidités dégagées par une cession ou les recettes fiscales pour le Trésor, ne peuvent constituer une contribution au progrès économique de nature à compenser les effets anticoncurrentiels d'une opération[12]. Dans son avis relatif à la fusion Boiron/Dolisos, le Conseil de la concurrence a relevé que bien que les parties aient chiffré des économies substantielles et une augmentation du budget de R&D, l'allègement de la charge fiscale ne pouvait être regardé comme un gain d'efficacité au sens économique, et que la contribution au progrès économique des investissements de R&D demeure difficile à évaluer compte tenu des aléas inhérents à la recherche[13]. Seule l'augmentation des moyens consacrés à la R&D a été jugée de nature à potentiellement accroître la probabilité de transmission des gains aux consommateurs, sans suffire à elle seule à emporter la décision.

Plus récemment, l'Autorité a, dans la décision relative à l'acquisition de Darty par la Fnac[14], écarté les gains de coûts allégués par les parties faute d'élément permettant de présumer leur répercussion sur les consommateurs, compte tenu de la stabilité des prix pratiqués par l'enseigne, tout comme elle avait déjà jugé, dans la décision relative à l'acquisition d'Imerys TC par Bouyer-Leroux, notamment que la simple mise en commun d'un savoir-faire ne suffisait pas à établir un gain de coût spécifiquement lié à la concentration, ce savoir-faire pouvant être acquis autrement[15].

"Sous l'influence du Rapport Draghi, la Commission européenne tant dans son projet de lignes directrices sur les concentrations que dans sa communication sur les abus d'éviction confirme sa volonté renforcée de prendre en compte les gains d'efficience."

Le constat est identique en matière d'entente. Dans la décision relative au secteur des farines alimentaires, l'Autorité a examiné les gains allégués par les meuniers regroupés au sein de France Farine[16] — centralisation de l'offre, optimisation logistique, développement de la marque Francine comme signal de qualité et moteur d'innovation — pour les écarter presque intégralement, le regroupement ayant surtout selon elle pour but de garantir aux actionnaires un niveau de prix stable. Les entreprises n'apportaient aucun élément chiffré sur les investissements en R&D ni sur l'ampleur de l'innovation revendiquée, et la nature indispensable des restrictions de concurrence n'était pas établie au regard du seul gain reconnu, à savoir le développement de la marque nationale.

En matière d'abus de position dominante, dans sa décision du 31 mars 2025 sanctionnant Apple au titre du dispositif de transparence du suivi publicitaire (ATT), l'Autorité a jugé que la conception et la mise en œuvre de ce dispositif n'étaient ni nécessaires ni proportionnées aux objectifs de protection de la vie privée invoqués, dans la mesure où elles compliquaient excessivement le parcours des utilisateurs d'applications tierces et faussaient la neutralité du dispositif[17]. Des modifications marginales suggérées par la CNIL auraient permis d'atteindre les mêmes objectifs sans un tel degré de complexité, excluant toute justification objective fondée sur des gains d'efficacité.

Cette absence de prise en compte déterminante des gains d'efficience n'a rien de typiquement français. La Commission et les juridictions européennes rejettent régulièrement leur prise en compte déterminante[18]. Il en va de même dans les autres juridictions européennes à quelques cas exceptionnels près[19].

Pourquoi une telle situation ?

Les causes du rejet et l'évolution

C'est évidemment la complexité du test et en particulier la quantification des gains d'efficience ainsi que leur délai de réalisation qui rendent principalement extrêmement difficile l'acceptation des gains d'efficience par les autorités.

Les raisons avancées pour rejeter les gains d'efficience sont en général :

- Leur peu d'impact eu égard à la structure du marché,
- Leur insuffisance pour compenser les effets anti-concurrentiels[20],
- Leur caractère non spécifique à l'opération en matière de concentration[21],

- L'efficience au bénéfice des seules entreprises concernées et non de la collectivité[22],
- Les gains d'efficacité doivent bénéficier aux mêmes consommateurs qui subissent les atteintes à la concurrence[23], notamment dans un marché biface,
- L'incertitude sur leur délai de réalisation[24],
- Et surtout l'imprécision des données ne permettant pas la quantification du gain d'efficience[25].

Pourtant une évolution semble se dessiner.

Sous l'influence du Rapport Draghi, la Commission européenne tant dans son projet de lignes directrices sur les concentrations[26] que dans sa communication sur les abus d'éviction[27] confirme sa volonté renforcée de prendre en compte les gains d'efficience. Sans prétendre à l'exhaustivité, les points suivants peuvent être soulignés.

Ces textes fournissent de nombreux exemples de gains d'efficience, et incluent même dans le projet sur les concentrations les gains d'efficience « dynamiques » conférant la capacité ou renforçant l'incitation à investir ou innover dans des produits ou services nouveaux ou améliorés, ou dans l'amélioration de la distribution ou de la production. S'agissant de la vérifiabilité des gains, la Commission indique attendre une quantification chaque fois qu'elle est raisonnablement possible, mais admet qu'à défaut les parties puissent se contenter d'établir la nature et l'ampleur des gains attendus, notamment pour les synergies non liées à des économies de coûts telles que le transfert volontaire de technologie.

Le projet et la communication énumèrent les éléments de preuve pertinents : documents internes contemporains établis dans le cours normal des affaires pour la décision de fusionner, plans d'intégration détaillant les synergies, annonces aux investisseurs, ainsi que des études indépendantes réalisées en amont, en particulier lorsqu'elles sont antérieures aux négociations.

Sur le bénéfice réservé aux consommateurs, la Commission élargit dans son projet la notion en distinguant les bénéfices liés à l'usage du produit, les bénéfices non liés à l'usage — tenant par exemple à une préoccupation environnementale ou à un souci de résilience — et les bénéfices collectifs profitant à une plus large part de la société, notamment en matière de durabilité[28] et de résilience des chaînes d'approvisionnement. Ces bénéfices collectifs et « hors marché » peuvent être pris en compte à condition que les consommateurs lésés se recoupent substantiellement avec les bénéficiaires des gains.

Enfin, le projet détaille la méthode de mise en balance des gains et des atteintes à la concurrence : lorsque les effets sont symétriques et portent sur le même paramètre de concurrence, la Commission recourt à des outils de quantification ; lorsque les effets sont asymétriques ou surviennent à des horizons temporels différents, elle procède à une appréciation par ordres de grandeur, en pondérant les effets futurs selon leur degré de certitude et les cycles d'innovation du secteur concerné.

Au niveau national, l'Autorité a pris une initiative très intéressante réservée à ce stade aux accords poursuivant un objectif de développement durable.

Elle a mis en place[29] un dispositif d'orientations informelles permettant aux entreprises et associations d'entreprises souhaitant adopter un comportement susceptible de relever du droit de la concurrence, dans le cadre d'un projet poursuivant un objectif de développement durable, de solliciter l'avis du rapporteur général avant sa mise en œuvre. Ce mécanisme *ex ante* vise précisément à répondre à l'incertitude probatoire qui dissuade les entreprises de se prévaloir de l'exemption au titre de gains d'efficience. L'Autorité y renvoie désormais de façon récurrente dans ses avis touchant à des enjeux de durabilité, qu'il s'agisse des systèmes de notation environnementale ou, plus récemment, du secteur des granulés de bois de chauffage, où elle a rappelé aux acteurs de la filière la possibilité de solliciter de telles orientations pour sécuriser des initiatives conjointes telles que la mutualisation de capacités de stockage ou d'importation.

Ce dispositif présente toutefois, en l'état, deux limites qui invitent à la prudence quant à sa capacité à corriger l'inefficience structurelle des gains d'efficience. En premier lieu, l'orientation informelle ne lie pas l'Autorité au fond et ne prémunit pas l'entreprise contre une qualification ultérieure d'infraction si les circonstances de fait diffèrent de celles exposées dans la demande. En second lieu, bien que les lettres d'orientation informelles soient rendues publiques par l'Autorité, leur nombre demeure limité à ce jour (cinq lettres publiées), compte tenu du caractère récent de ce dispositif.

L'enrichissement progressif de la pratique permettra de mieux apprécier la manière dont le Rapporteur général applique concrètement les conditions cumulatives évoquées précédemment aux projets qui lui sont soumis.

Perspectives

Une meilleure prise en compte des gains d'efficience par l'Autorité pourrait éventuellement se traduire par deux évolutions : un élargissement de la pratique des lettres d'orientations pour à tout le moins les secteurs mis en avant par le rapport Draghi (innovation notamment) mais aussi peut-être un complément d'explication sur l'appréciation des gains d'efficience via des lignes directrices notamment sur la quantification de ceux-ci et notamment pour les bénéfices non liés à l'usage du produit et pour ceux bénéficiant à la collectivité. Il serait sans doute également intéressant, pour en partie limiter les difficultés liées à la quantification des gains d'efficience et leur incertitude, de lier ces gains aux engagements comportementaux que les entreprises pourraient prendre pour sécuriser leur réalisation.

1 Article L. 420-4, I. 2° du code de commerce ou article 101 § 3 du TFUE.

2 CJUE, 27 mars 2012, Post Danmark A/S, C-209/10, § 42 et suivants : « […] *il appartient à l'entreprise occupant une position dominante de démontrer que les gains d'efficacité susceptibles de résulter du comportement considéré neutralisent les effets préjudiciables probables sur le jeu de la concurrence et les intérêts des consommateurs sur les marchés affectés, que ces gains d'efficacité ont été ou sont susceptibles d'être réalisés grâce audit comportement, que ce dernier est indispensable à la réalisation de ceux-ci et qu'il n'élimine pas une concurrence effective en supprimant la totalité ou la plupart des sources existantes de concurrence actuelle ou potentielle.* »

3 Article L. 430-6 du code de commerce.

4 § 770 des lignes directrices de l'ADLC relatives aux concentrations.

5 § 774 des lignes directrices concentration de l'ADLC.

6 § 777 des lignes directrices concentration de l'ADLC.

7 § 779 des lignes directrices concentration de l'ADLC.

8 § 780 des lignes directrices concentration de l'ADLC.

9 § 781 des lignes directrices concentration de l'ADLC.

10 § 782 des lignes directrices concentration de l'ADLC.

11 ADLC, Décision n° 12-D-09 du 13 mars 2012, § 649 et suivants.

12 Conseil d'État, section du 6 octobre 2000, 216645.

13 ADLC, Avis n° 05-A-01 du 7 janvier 2005, § 127 et suivants.

14 ADLC, Décision n° 16-DDC-111 du 27 juillet 2016, § 495 et suivants.

15 ADLC, Décision n° 13-DCC-101 du 26 juillet 2013, Prise de contrôle d'Imerys par la société Boyer-Leroux, § 181 et suivants.

16 ADLC, Décision n° 12-D-09 du 13 mars 2012, § 659 et suivants. Dans la décision relative à la distribution des produits Apple, l'Autorité a de même jugé que le mécanisme d'allocations ne répondait pas au critère d'indispensabilité, dès lors que d'autres moyens moins restrictifs - le système de prévisions de commandes déjà en place - permettaient d'atteindre le même objectif.

17 ADLC, Décision n° 25-D-02 du 31 mars 2025, Publicité sur les applications mobiles sur terminaux IOS, § 606 et suivants.

18 Commission européenne, déc. du 1er février 2012, M.6166, Deutsche Börse/NYSE Euronext, pt 527 ; Trib. UE, 9 mars 2015, T-175/12, Deutsche Börse : la Commission a interdit l'opération en raison de son incidence sur la structure du marché et sur l'innovation, bien que les parties aient invoqué des gains nombreux et chiffrés (réduction des coûts technologiques, synergies estimées à 400 millions d'euros, économies sur les garanties, augmentation des liquidités). Le Tribunal a confirmé cette analyse. Commission européenne, déc. du 28 juillet 2017, M.7932, Dow/DuPont : les parties invoquaient des gains d'efficience en matière d'innovation (économie d'échelle) et de propriété intellectuelle, mais la Commission les a rejetés en relevant notamment l'absence d'arguments et de preuve étayés. CJUE, 6 octobre 2009, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P : le Tribunal, puis la Cour, ont considéré que l'examen de la Commission n'avait pas été suffisant pour établir un gain objectif.

19 CMA, décision Vodafone/CK Hutchison du 5 décembre 2024 : prise en compte de gains d'efficience accompagnée d'engagements comportementaux pour garantir la mise en œuvre d'un plan d'investissement, sinon incertain, sur une longue durée et engagements en matière de prix. De même, en Allemagne, certaines décisions ont pris en compte des gains d'efficience (amélioration des conditions de concurrence) sans même imposer des engagements.

20 ADLC, Avis n° 05-A-01, Dolisos/Boiron.

21 ADLC, Décision n° 10-DCG-11 du 26 janvier 2010, TF1/TMC-NT1.

22 Conseil d'État, 6 octobre 2000, Pernod Ricard/Orangina ; Lettre Ministre, 20 janvier 2003, Alliance Santé Distribution ; ADLC, Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016, Fnac/Darty.

23 CJUE, 11 septembre 2014, C-382/12 P, MasterCard, § 242 : « *Ainsi dans le cas où, comme en l'occurrence des effets restrictifs ont été constatés sur un seul marché d'un système biface, les avantages découlant de la mesure restrictive sur un marché distinct connexe également associé au dit système ne sauraient à eux seuls être de nature à compenser les inconvénients résultant de cette mesure en l'absence de toute preuve de l'existence d'avantages objectifs sensibles imputables à ladite mesure dans le marché pertinent, notamment ainsi qu'il ressort des points 21 et 168 à 180 de l'arrêt attaqué, lorsque les consommateurs qui se retrouvent sur lesdits marchés ne sont pas substantiellement les mêmes.* »

24 ADLC, Avis n° 07-A-10 du 26 septembre 2007, Unibail.

25 Conseil d'État, 9 avril 1999, 201853, Coca Cola/Orangina.

26 La Commission y affirme d'emblée que « *les gains d'efficience démontrés joueront un rôle clé dans l'appréciation des opérations de concentration à l'avenir* », et que l'appréciation des gains d'efficience fait partie intégrante de son analyse de la compatibilité d'une opération avec le marché intérieur, au même titre que l'identification des effets anticoncurrentiels.

27 La communication C(2026) 6118 de la Commission du 3 septembre 2026 consacre une section spécifique à l'« efficiency defense » (§ 212 à 245)

28 Gain cité également dans la communication au titre des gains qualitatifs.

29 Communiqué de procédure du 27 mai 2024.

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



Teresa Ribera

Vice-présidente exécutive de la Commission européenne pour une transition propre, juste et compétitive et commissaire européenne à la concurrence

La concurrence au service de la société face aux défis de notre époque

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

Autorité de la concurrence

Le 1er décembre 1986, la France adoptait l'ordonnance n° 86-1243, qui instaurait le principe de liberté des prix et de la concurrence. Ces quarante dernières années ont profondément transformé notre environnement économique et social. Pourtant, les principes consacrés par cette ordonnance demeurent pertinents : ils permettent d'accompagner ces évolutions et de répondre aux défis qui nous attendent.

La liberté des prix et de la concurrence affirmée par cette ordonnance favorise les incitations économiques et la formation de signaux de prix. Ainsi, la concurrence constitue un puissant levier d'efficacité et d'innovation, dont les autorités de concurrence ont pour mission de préserver le libre jeu. Enfin, la concurrence représente un outil de premier plan – mais non l'unique – au service de nos objectifs de société.

La concurrence pour un développement durable et une économie sociale de marché

C'est bien l'approche envisagée dans les traités fondateurs de l'Union. Ainsi, l'article 3, paragraphe 3, du Traité sur l'Union européenne dispose que l'Union « œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. »

À cet effet, le premier chapitre du Titre VII du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) établit les règles de concurrence qui régissent le marché intérieur.

Il existe de nombreux autres titres du TFUE, dédiés notamment à l'industrie, à l'environnement ou à l'énergie. En effet, la société européenne, à l'instar de la société française, vise le développement durable de l'Europe et le bien-être de sa population. À de nombreux égards, ces objectifs impliquent la mise en œuvre de mesures qui relèvent de politiques économique, environnementale, ou encore de santé publique. Ces politiques doivent notamment permettre de répondre aux externalités causées par les activités économiques de nos sociétés.

Ainsi, nous avons adopté des règles en matière de sécurité des produits pour éviter que certains acteurs économiques vendent des produits à meilleur marché mais dangereux à terme ; nous avons adopté le système d'échange de quotas d'émission afin de chercher à mettre un prix sur les émissions de gaz à effet de serre ; nous avons adopté les régimes de taxonomie et d'information en matière de durabilité en vue de déterminer le caractère plus ou moins durable des activités et de permettre aux investisseurs de prendre leurs décisions de manière informée.

C'est dans ce cadre que s'inscrivent les règles de concurrence. En complément de ces autres régimes qui encadrent l'activité économique, elles permettent de faire en sorte que les entreprises se fassent concurrence sur la base de leur efficacité et de leur capacité d'innovation, plutôt que de leur aptitude à extraire des rentes injustifiées ou à externaliser les coûts de leurs activités sur la société.

La concurrence pour faire face aux grands défis de notre époque

Partant, si la politique de concurrence ne saurait, seule, permettre de faire face aux grands défis de notre époque, elle a assurément un rôle clé à jouer. S'agissant de la transition écologique et énergétique, la concurrence encourage notamment l'innovation et le développement de nouvelles technologies, et maintient des prix concurrentiels indispensables face aux gigantesques investissements nécessaires. Le maintien d'une concurrence libre est également crucial en ce qui concerne le développement des technologies numériques et de l'intelligence artificielle, afin d'éviter des écosystèmes fermés et une dominance par une poignée de firmes.

À cet égard, la solidité des principes de concurrence n'exclut pas une réflexion sur leur application à des économies en profonde mutation. C'est précisément l'objet de la modernisation de la politique de concurrence que je mène au sein de la Commission : adapter ses instruments aux nouvelles réalités économiques, sans renoncer aux principes qui les fondent.

Ainsi, la Commission mène actuellement une révision ambitieuse de ses lignes directrices en matière de concentrations. Les lignes directrices horizontales de 2004 et non horizontales de 2008 ont constitué des repères essentiels pour l'application du règlement européen sur les concentrations. À l'aune des profondes transformations de nos économies, le projet de nouvelles lignes directrices vise à doter l'Union d'un cadre plus moderne et prévisible, tout en demeurant fondé sur des principes économiques solides.

Cette modernisation devra notamment permettre une approche plus intégrée de l'analyse des effets d'une concentration, en accordant une place accrue à la concurrence potentielle et aux effets dynamiques. Il s'agira également de développer un cadre applicable aux « théories du bénéfice » et de reconnaître plus explicitement que les gains d'efficacité et les économies d'échelle peuvent, dans certaines circonstances, renforcer la concurrence et la capacité des entreprises à investir et à innover. Il conviendra par ailleurs de faire place à d'autres paramètres tels que la durabilité ou la résilience, lorsqu'ils affectent la dynamique concurrentielle.

S'agissant des accords entre entreprises, une politique de la « porte ouverte » doit permettre aux entreprises d'engager un dialogue avec la Commission en ce qui concerne leurs initiatives ayant une finalité légitime, dans la lignée du nouveau chapitre consacré aux accords de durabilité dans les lignes directrices sur les restrictions horizontales, et de la communication relative à des orientations informelles sur des questions nouvelles ou non résolues qui se posent dans des affaires individuelles au regard des articles 101 et 102 du TFUE. Ainsi, en juillet 2025, la Commission a, pour la première fois, fourni des orientations, d'une part, sur un accord de durabilité visant à réduire les émissions de CO^2 dans les ports européens, et d'autre part, sur la création d'un groupe de négociation de licences dans le secteur automobile.

Cela étant, la Commission continue à enquêter et la fermeté demeure d'usage face aux comportements infractionnels, en ce compris vis-à-vis de pratiques plus récentes. En juin 2025, la Commission a ainsi sanctionné une entente sur le marché de la livraison de denrées alimentaires en ligne, impliquant notamment des accords de non-débauchage. La distinction est essentielle : la politique de concurrence doit admettre des coopérations légitimes, permettant le cas échéant de surmonter la « tragédie des communs », sans tolérer les coordinations anticoncurrentielles ni les véritables ententes.

C'est dans cette perspective de modernisation qu'il convient de replacer les nouvelles lignes directrices adoptées par la Commission le 3 septembre 2026. Elles constituent le premier ensemble complet d'orientations consacré à l'application de l'article 102 du TFUE aux abus d'éviction. Fondées sur les enseignements de la jurisprudence des juridictions de l'Union et de la pratique de la Commission, elles sont tournées vers l'avenir en renforçant la sécurité juridique et la cohérence, en ce compris en ce que les autorités de concurrence et juridictions nationales peuvent y recourir comme point de référence. L'exigence fondamentale demeure : tout en souhaitant le succès commercial des entreprises, une entreprise devenue dominante ne saurait pouvoir évincer ses concurrents ou exploiter les acteurs qui dépendent d'elle, sauf à voir les progrès d'innovation et les gains d'efficacité être remplacés par des rentes.

"Si la politique de concurrence ne saurait, seule, permettre de faire face aux grands défis de notre époque, elle a assurément un rôle clé à jouer."

Enfin, les principes de concurrence trouvent également une nouvelle expression dans le règlement relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (*Digital Markets Act*, DMA). Là où l'article 102 du TFUE nécessite d'établir l'existence d'une position dominante et d'un comportement abusif, le DMA prévoit *ex ante* un ensemble d'obligations et d'interdictions – notamment en termes d'interopérabilité et de portabilité des données – applicables aux entreprises désignées comme « contrôleurs d'accès » lorsqu'elles fournissent certains « services de plateforme essentiels ». Le DMA ne remplace donc pas l'article 102, ni les autres règles de concurrence : il s'agit d'un instrument complémentaire visant des pratiques structurelles dans un secteur particulier, et la Commission conserve sa capacité à intervenir au cas par cas face à des comportements abusifs. À ce jour, sept entreprises ont été désignées comme contrôleurs d'accès et 23 services comme services de plateforme essentiels.

La concurrence non faussée pour les États également, européens et tiers

Les conditions d'une concurrence non faussée dépendent non seulement du comportement des entreprises, mais aussi des interventions publiques. Le droit de l'Union prévoit ainsi, au-delà des règles applicables aux entreprises, celles qui encadrent les « aides accordées par les États ». Le contrôle des aides d'État repose sur un principe simple mais essentiel : dans le marché intérieur, les entreprises doivent pouvoir se faire concurrence dans des conditions aussi équitables que possible, à savoir sans bénéficier d'aides de leur État membre qui faussent ou menacent de fausser la concurrence.

Dans ce contexte, la concurrence est souvent présentée sous l'angle des « règles du jeu équitables » (*level playing field*) et en lien avec la capacité budgétaire des différents États membres. Mais l'enjeu est également intimement lié au fait que les subventions risquent d'effacer les bénéfices d'efficacité et d'innovation – et in fine de compétitivité – résultant de la concurrence, le cas échéant dans le cadre d'une course aux subventions délétère pour les finances publiques et la cohésion dans le marché intérieur.

Il n'en demeure pas moins que le contrôle des aides d'État n'a aucunement vocation à empêcher l'action publique ou autrement à maintenir les États à l'écart des transformations économiques et sociales. Ainsi, l'interdiction générale des aides d'État prévue au premier paragraphe de l'article 107 du TFUE est accompagnée de diverses possibilités d'aides « compatibles avec le marché intérieur », aux paragraphes 2 et 3 de cet article, reconnaissant que des interventions étatiques peuvent être nécessaires au bon fonctionnement de l'économie et pour atteindre des objectifs d'intérêt général, en ce compris des objectifs stratégiques.

À cet égard, trois initiatives majeures méritent d'être soulignées. Premièrement, l'adoption en juin 2025 d'un nouvel « encadrement en matière d'aides d'État à l'appui du pacte pour une industrie propre », lequel permet aux États membres de nouvelles possibilités de promouvoir en particulier le développement des énergies renouvelables, la décarbonation de l'industrie, et le développement de capacités de production de technologies propres dans l'Union. À ce jour, environ 132 milliards d'euros d'aides ont été autorisées par la Commission. Deuxièmement, compte tenu de la situation critique en matière de prix et d'accès au logement, en décembre 2025, les règles relatives aux services d'intérêt économique général ont été adaptées afin de faciliter notamment les investissements dans le logement social ainsi que le logement « abordable ». Troisièmement, la Commission travaille sur une version simplifiée et rationalisée du règlement général d'exemption par catégorie, à savoir le principal règlement déclarant ex ante certaines catégories d'aides comme étant compatibles, pour autant qu'elles satisfassent à certaines conditions, et exemptant ces catégories de l'obligation de notification préalable à la Commission. L'objectif est d'aboutir à un règlement plus facile à interpréter et à appliquer, et adapté aux récentes évolutions sociales et technologiques.

Enfin, dans une économie mondialisée et interdépendante, le maintien de « règles du jeu équitables » ne peut pas s'arrêter aux frontières de l'Union. Dans la mesure où les subventions étrangères peuvent affecter le marché intérieur bien au-delà des importations de produits qui sont susceptibles de faire l'objet de mesures de défense commerciale, le Règlement relatif aux subventions étrangères est venu combler la lacune liée à l'absence d'instrument équivalent au contrôle des aides d'État en ce qui concerne ces subventions accordées par des États tiers.

Ce règlement ne remet pas en cause l'ouverture de l'Union au commerce international : il constitue le pendant externe du contrôle des aides d'État, afin de protéger les entreprises européennes contre une concurrence faussée. De manière similaire, le mécanisme d'ajustement carbone aux frontières vient complémenter le système d'échange de quotas d'émission en évitant les fuites de carbone par un outil assurant que le prix des importations reflète leurs émissions intrinsèques de carbone.

La concurrence, française et européenne, au service de la société

Près de quarante ans après l'adoption de l'ordonnance n° 86-1243, les principes qui ont présidé à l'organisation moderne de l'économie française n'ont rien perdu de leur pertinence.

"Près de quarante ans après l'adoption de l'ordonnance n°86-1243, les principes qui ont présidé à l'organisation moderne de l'économie française n'ont rien perdu de leur pertinence."

La promotion de la liberté de concurrence témoigne de deux intuitions qui demeurent profondément actuelles. D'une part, l'importance de préserver les conditions d'une concurrence effective, dynamique et ouverte, concept suffisamment général pour s'appliquer à des réalités nouvelles : numérisation, transition écologique, ou nouveaux modèles économiques.

D'autre part, la concurrence n'est pas une fin en soi, abstraite. En stimulant l'innovation et la productivité, en favorisant la contestabilité des marchés et en limitant les rentes indues, tout en permettant la prise en compte d'objectifs tels que la transition écologique ou la résilience, la concurrence contribue au bon fonctionnement de l'économie et est au service d'objectifs qui dépassent la seule mécanique des marchés.

C'est dans ce contexte que l'Autorité de la concurrence, et le Conseil de la concurrence avant elle, ainsi que la Commission œuvrent pour leur mission d'assurer le bon fonctionnement de la concurrence en France et dans l'Union.

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

DGCCRF
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. 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.

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

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