

**UNIVERSITE PARIS OUEST NANTERRE LA DEFENSE**  
UFR Droit et Sciences Politiques – Ecole doctorale Droit et Sciences Politiques

## **Thèse**

**Pour l'obtention du grade de docteur en droit public**

# **LE CONCEPT DE CONCURRENCE EN DROIT**

Présentée et soutenue publiquement  
le 8 décembre 2010

par

Monsieur **Lionel ZEVOUNOU**

Sous la direction de **Monsieur Pierre BRUNET**  
*Professeur à l'université Paris Ouest Nanterre la Défense,*  
*Membre de l'Institut Universitaire de France*

### **Membres du Jury**

**Monsieur Jacques CAILLOSSE**, Professeur à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)

**Monsieur Jean-Yves CHEROT**, Professeur à l'Université Aix Marseille, *rapporteur*

**Monsieur Antoine LYON-CAEN**, Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre la Défense

**Madame Valérie MICHEL**, Professeur à l'Université Robert Schuman, *rapporteur*

**Monsieur Eric MILLARD**, Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre la Défense



*L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.*



## **Remerciements**

*J'exprime ma profonde gratitude au professeur Pierre Brunet pour sa disponibilité, son sens critique et sa grande rigueur intellectuelle qui m'ont accompagné tout au long de cette thèse.*

*Je remercie également tous ceux qui ont bien voulu prendre le temps de relire quelques chapitres de la présente thèse.*

*Enfin, je remercie mon épouse pour son soutien indéfectible.*

*« (...) Car, plus on a de sagesse, plus on a de sujets d'affliction. En augmentant sa connaissance, on augmente ses tourments », Ecclésiaste 2 v.18*

# **SOMMAIRE**

## **PREMIERE PARTIE**

### **LA CONCURRENCE COMME IDEOLOGIE**

#### **TITRE 1. La cohésion de la politique de concurrence à l'échelle de l'Union et des États membres**

Chapitre 1. L'évolution de la concurrence entre les interprètes européens

Chapitre 2. La Commission, les juridictions nationales et l'harmonisation du droit de la concurrence aux États membres

#### **TITRE 2. La concurrence au service de l'intérêt général**

Chapitre 1. Le Conseil d'Etat, interprète du droit public de la concurrence

Chapitre 2. Mise en œuvre pratique de la politique du Conseil d'Etat

## **SECONDE PARTIE**

### **LA CONCURRENCE COMME RHETORIQUE**

#### **TITRE 1. Le cadre normatif**

Chapitre 1. L'élaboration de catégories juridiques

Chapitre 2. Expertises et argumentaires économiques devant les interprètes

#### **TITRE 2. Le cadre dogmatique**

Chapitre 1. L'analyse économique dans le discours des économistes

Chapitre 2. L'analyse économique comme ensemble de prescriptions sur le droit de la concurrence

## TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

aff.	affaire
AJDA	Actualité juridique Droit administratif
al.	Alinea
<i>Am. Econ. Rev</i>	American Economic Review
AN	Assemblée Nationale
<i>Anti. L. J</i>	Antitrust Law Journal
<i>Antitrust Bull</i>	Antitrust Bulletin
APD	Archives de philosophie du droit
Art.	Article
ass.	Assemblée
Avis	Avis de l'Autorité de la concurrence
BOCCRF	Bulletin officiel de la concurrence de la consommation et de la répression des Fraudes
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
(L) ou (C)	Législation ou Communications
CAA	Cour administrative d'appel
<i>Cah. d'éco. polt</i>	Cahiers d'économie politique
<i>Cal. L. Rev</i>	California Law Review
Cass.civ	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass.com	Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation
Cass.crim	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CCass.	Cour de cassation
Ccom	Code de commerce
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEE	Communauté économique européenne
<i>CDE</i>	Cahiers de droit européen
CJCE	Cour de justice des Communauté européennes
<i>CJEG</i>	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz-Revue juridique de l'entreprise publique
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
<i>CMLR</i>	Common Market Law Review
<i>CMP</i>	Contrats et Marchés Publics
coll.	Collection
comm.	Commentaire
concl.	Conclusions
<i>Concurrences</i>	Concurrences: Revue des droits de la concurrence
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>D. aff</i>	Dalloz affaires
<i>DA</i>	Droit administratif
Déc. Commission	Décision de la Commission de l'Union européenne
Déc. Conseil	Décision du Conseil de l'Union européenne
Déc.	Décision de l'Autorité nationale de la concurrence
(dir.)	sous la direction de
<i>Droit et Société</i>	Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie

	juridique
<i>Droits</i>	Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique
<i>ECLR</i>	European Competition Law Review
ed.	Edition
<i>EDCE</i>	Etudes et documents du Conseil d'Etat
<i>EDF</i>	Electricité de France
<i>E&amp;H</i>	Revue Entreprises et Histoire
<i>Europe</i>	Revue Europe
<i>GAJA</i>	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative
<i>Gaz. Pal</i>	La gazette du Palais
<i>GDF</i>	Gaz de France
<i>Genèses</i>	Genèses. Sciences sociales et histoire
<i>Harv. L. Rev</i>	Harvard Law Review
<i>HES</i>	Histoire, économie & société
<i>Hof. L. Rev</i>	Hofstra Law Review
<i>Innovations</i>	Innovations. Cahiers d'économie de l'innovation
<i>JCP A</i>	Juris-classeur périodique, édition administrative
<i>JCP. CC</i>	Juris-classeur périodique, édition concurrence et consommation
<i>JCP E</i>	Juris-classeur périodique, édition entreprise
<i>JCP G</i>	Juris-classeur périodique, édition générale
<i>JDI</i>	Journal de droit international
<i>JEL</i>	Journal of Economic Literature
<i>JLE</i>	Journal of Law and Economic
<i>JO</i>	Journal officiel de la République Française
<i>JOCE</i>	Journal officiel des Communautés européennes
<i>JOUE</i>	Journal officiel de l'Union européenne
<i>Justices</i>	Justices. Revue générale de droit processuel
<i>LGDJ</i>	Librairie Générale de droit et de Jurisprudence
<i>LPA</i>	Les Petites affiches
<i>Mel.</i>	Mélanges
<i>N.Y.U. L. Rev</i>	New York University Law Review
n°	numéro
<i>op. cit</i>	<i>opere citato</i> (ouvrage cité)
<i>Pouvoirs</i>	Pouvoirs. Revue française d'études constitutionnelles et politiques
<i>OCDE</i>	Organisation de coopération et de développement économiques
p.	Page
préc.	Précité
pt(s)	Points (par référence aux arrêts du TPIUE ou de la CJUE)
<i>PUAM</i>	Presses universitaires d'Aix Marseille
<i>PUF</i>	Presses universitaires de France
<i>PUG</i>	Presses universitaires de Grenoble
<i>PUS</i>	Presses universitaires de Strasbourg
<i>RCC</i>	Revue concurrence et consommation (devenue Concurrence & Consommation)
<i>RCCC</i>	Revue contrats, concurrence et consommation
<i>RDP</i>	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
<i>RDUE</i>	Revue du droit de l'Union européenne
<i>Rec.</i>	Recueil de la CJUE, du TPIUE, du TC ou du CE
<i>REDP</i>	Revue européenne de droit public
<i>REI</i>	Revue d'économie industrielle



<i>REP</i>	Revue d'économie politique
req.	Requête
<i>Rev. adm</i>	Revue administrative
<i>Rev. Philosophique</i>	Revue philosophique de la France et de l'étranger
<i>Rev. Synthèse</i>	Revue de Synthèse
<i>Rev. éco</i>	Revue économique
<i>RFAP</i>	Revue française d'administration publique
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RFE</i>	Revue française d'économie
<i>RFSP</i>	Revue française de science politique
<i>RHMC</i>	Revue d'histoire moderne et contemporaine
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparée
<i>RIDE</i>	Revue internationale de droit économique
<i>RIEJ</i>	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
<i>RJCom</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>RJDA</i>	Revue juridique de droit des affaires
<i>RJEP</i>	Revue juridique de l'entreprise publique
<i>RLC</i>	Revue Lamy de droit de la concurrence
<i>RMCUE</i>	Revue du marché commun et de l'Union européenne
<i>RTDCiv</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTDCom</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>RTDE</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique, droit prospectif
spéc.	Spécialement
<i>SNCF</i>	Société Nationale des Chemins de Fer Français
<i>Stan. L. Rev</i>	Stanford Law Review
T.	Tome
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
T. com	Tribunal de commerce
T. corr	Tribunal correctionnel
<i>Texas. L. Rev</i>	Texas Law Review
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de Grande Instance
TPI	Tribunal de Première Instance
TPICE	Tribunal de Première Instance des Communautés européennes
TPIUE	Tribunal de Première Instance de l'Union européenne
<i>Tul. L. Rev</i>	Tulane Law Review
V., v.	Voyez, voyez
vol.	Volume



# INTRODUCTION

## 1- La naturalisation de la concurrence en tant que modèle politique et social

Comment comprendre la concurrence d'un point de vue juridique? On pourrait considérer que c'est là une question propre aux économistes ou aux sociologues. Ces derniers consacrent d'ailleurs nombre de leurs travaux à la conceptualisation ainsi qu'à la compréhension de la concurrence. Il s'agit pourtant d'une question complexe qui interpelle le juriste à plus d'un titre. Précisément, parce que le droit s'applique aussi à la concurrence, on peut se demander de quelle manière il en influence le fonctionnement, les pratiques ainsi que les discours.

En droit de la concurrence, le concept de concurrence relève généralement, pour ne pas dire systématiquement, de l'implicite. Les textes de loi ou la jurisprudence, qui constituent les principaux matériaux de réflexion du juriste, ne mentionnent aucune définition explicite du terme concurrence. Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE) mentionne soit l'expression «*règles de concurrence*» s'agissant des articles 101 et 102, soit emploie le mot concurrence à l'aune d'une finalité prédéfinie. C'est ainsi que l'article 32 b) du Traité attribue à la Commission la supervision de l'évolution de la concurrence à l'intérieur de l'Union, pour autant que cette évolution accroisse «*la force compétitive des entreprises (...)*». Le droit interne procède d'une même démarche. L'article L 410-2 du Code de commerce érige en principe le libre jeu de la concurrence sans jamais donner à ce terme un contenu véritable. La jurisprudence ne donne pas plus d'indications, si ce n'est de façon très vague. Lors d'une affaire où elle était amenée à se prononcer sur la légalité d'un système de distribution, la Cour de Justice précise que «*La concurrence non faussée visée aux articles 3 et 85 du traité CEE implique l'existence sur le marché d'une concurrence efficace (workable competition) c'est-à-dire d'une dose de concurrence nécessaire pour que soient respectées les exigences fondamentales et atteints les objectifs du traité, en particulier, la formation d'un marché unique réalisant des conditions analogues à celles d'un marché intérieur*»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> CJCE, 25 oct.1977, *Metro c/ Commission*, aff. 26/76, Rec.1976, p.425, pt.20.

S'il émane sans conteste de la théorie économique, le terme «*workable competition*» prête à tellement d'équivoques qu'il ne permet pas de se faire une idée claire du concept de concurrence utilisé par la Cour<sup>2</sup>. En apparence donc, il apparaît difficile de déceler dans le discours du législateur ou de ceux qui sont chargés d'appliquer les textes législatifs un concept de concurrence explicite. Pour autant, ce constat n'autorise pas à conclure que ces acteurs ne se font pas une idée plus ou moins claire de ce qu'est ou doit-être la concurrence. À la vérité, le droit de la concurrence parle de la concurrence sans jamais en fixer le contenu dans une définition figée et ce, en raison du fait que le contenu en question relève davantage de jugements de valeur que d'un jugement de fait. Voilà pourquoi l'intérêt des juristes porte principalement sur la systématisation de la libre concurrence en tant qu'institution politique. La concurrence est, au regard des textes et de la jurisprudence, un préalable qui ne se discute pas. L'évoquer c'est d'abord la conceptualiser en tant que modèle social et politique sans chercher à mettre en perspective l'influence de ce modèle au sein d'un contexte économique et social plus large. Cette manière de parler de la concurrence par référence à ses «fondements» invite à s'y attarder davantage.

C'est à un article de P. Bonassies que l'on doit d'avoir orienté les débats en droit de la concurrence sur la question de ses fondements au regard de la «théorie de la concurrence-moyen»<sup>3</sup>. En se fondant sur le Traité CEE ainsi que sur la jurisprudence, l'auteur admet comme pré-requis la libre concurrence comme principe d'organisation politique et sociale. A partir de là, il systématise un modèle normatif de «concurrence-condition», qu'il dissocie d'un modèle de «concurrence-moyen». Caractéristique du droit antitrust, le modèle de concurrence-condition tolérerait moins de dérogations à la libre concurrence que le modèle de concurrence-moyen propre au droit communautaire. Pendant que le droit antitrust s'attache à développer ou maintenir la concurrence, le droit communautaire admettrait des dérogations qui ne sont pas uniquement fondées sur des motifs économiques: «qualité de la vie», «équilibres sociaux par exemple»<sup>4</sup>. P. Bonassies ne s'illusionne nullement sur le fait que les discussions autour du fondement de la concurrence relèvent de jugements de valeur. Il

---

<sup>2</sup> Sur cette question: M. GLAIS, P. LAURENT, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, PUF, 1983, p.10-11.

<sup>3</sup> P. BONASSIES, «Les fondements du droit communautaire de la concurrence: la théorie de la concurrence-moyen», in *Mélanges en l'honneur de A. Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p.51-67.

<sup>4</sup> P. BONASSIES, *op.cit.*, p.60. Pour une reprise de cet argument: M. WAELBROECK, A. FRIGNANI, *Commentaire J. Mégret, Le droit de la CE*, vol. 4, «Concurrence», ed. de l'Université de Bruxelles, 2<sup>nd</sup> ed. 1997, n°116.

reconnaît d'ailleurs dans un article antérieur que les discussions sur les vertus de la libre concurrence comportent une dimension idéologique incontestable<sup>5</sup>.

Aussi le terme «fondement» connote-t-il plusieurs significations souvent utilisées de façon indistincte. Le terme «fondement» est dans un premier sens, employé afin de discuter de façon explicite les justifications qui président à la libre concurrence. Dans un second sens, le terme «fondement» est utilisé afin de prescrire – souvent de manière implicite – une justification à la libre concurrence sans que le jugement de valeur sur lequel repose cette prescription fasse l'objet de discussion. Pour notre part, nous prendrons soin de préciser, lorsque nous parlerons de «fondements», chacun de ces différents sens.

Dans le sillage de cette réflexion, différents manuels ont tenté d'apporter des justifications à la légitimité du droit de la concurrence. S'il distingue très nettement la «libre concurrence» du concept économique de «concurrence pure et parfaite»<sup>6</sup>, B. Clément souligne que *«c'est à l'État qu'il appartient de définir la place de l'économie de marché et par conséquent de veiller à ce qu'elle joue correctement son rôle (... )»*<sup>7</sup>.

Le manuel de *Droit français de la concurrence* dirigé par le professeur M-C. Boutard-Labarde et M. le président Canivet affirme que *«(...) l'avènement de la liberté des prix et l'institution du Conseil de la concurrence ont suscité un important mouvement de réflexion sur la légitimité du droit de la concurrence. Progressivement, l'analyse économique a pénétré le raisonnement juridique et conféré un fondement nouveau aux interventions des pouvoirs publics dans le fonctionnement des marchés. Rapport après rapport, le Conseil de la concurrence a expliqué que les atteintes portées à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle des agents économiques puisaient leur justification dans les bienfaits de l'économie de marché et en a exposé les mécanismes et les effets»*<sup>8</sup>.

C'est cette même justification que l'on retrouve sous la plume de M. Pédamon, qui dans un premier temps, indique que *«(...) les juristes se faisaient une représentation théorique et quelque peu idyllique du fonctionnement de l'économie. Leur analyse s'apparentait à la théorie de Walras sur la "concurrence pure et parfaite"»*<sup>9</sup>. Dans un second temps, cette représentation idyllique a laissé place à une vision que l'on pourrait qualifier de moins irénique: *«(...) les économistes se sont livrés à une analyse concrète et diversifiée des*

---

<sup>5</sup> P. BONASSIES, «A. D. Neale, The antitrust Law of the USA a Study of competition enforced by Law, 3<sup>ed</sup>», (compte-rendu), *RIDC*, 1982, vol.34, p.287-290.

<sup>6</sup> B. CLEMENT, *La libre concurrence*, coll. «Que sais-je?», 1977, p.3.

<sup>7</sup> B. CLEMENT, *La libre concurrence*, *op.cit.*, p.4.

<sup>8</sup> M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, *Droit français de la concurrence*, LGDJ, 1994, p.2.

<sup>9</sup> M. PEDAMON, *Droit commercial, commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 1994, p.399.

*situations de concurrence. À cette occasion, ils ont découvert une réalité très différente du modèle théorique décrit par Walras: au lieu de se livrer à une lutte acharnée, il arrive fréquemment que les entreprises choisissent de se rapprocher... et de se faire la paix, qu'elles restreignent ou même suppriment la concurrence qu'elles se font entre elles ou qu'elles doivent affronter de la part des tiers (...)*<sup>10</sup> Cette prise de conscience a poussé le législateur à intervenir afin de corriger les dérives engendrées par une concurrence non encadrée. En toute logique, c'est donc de l'imperfection du marché que se justifie l'élaboration de règles en matière de concurrence<sup>11</sup>.

Le manuel rédigé par les professeurs Schapira, Le Tallec, Blaise et Idot indique que le droit de la concurrence justifie la concurrence en tant qu'organisation sociale laquelle *«est alors conçu [e] comme le système permettant d'atteindre au mieux les objectifs de croissance, d'équilibre et de plein emploi. La reconnaissance de cette fonction de la concurrence conduit à deux conséquences: c'est dans le cadre concret de chaque marché, défini par son objet (produit ou service) et sa dimension territoriale, que doit être recherché le degré optimum de concurrence, compatible avec la taille efficiente des firmes; le régime de concurrence n'est pas incompatible avec certaines interventions directes de la puissance publique»*<sup>12</sup>. Reprenant l'opposition entre concurrence-moyen et concurrence-fin, les auteurs prennent soin d'indiquer que le droit européen repose sur le premier modèle.

S'ils admettent que la science économique peut utilement servir à appliquer le droit de la concurrence, les professeurs Goldman, Lyon-Caen et Vogel indiquent de leur côté que les contours de la concurrence, d'un point de vue normatif, font appel à des «appréciations»: *«celles-ci expressément formulées, ou implicites, portent sur les vertus que l'on prête à la concurrence et sur les contraintes que l'on peut imposer aux entreprises»*<sup>13</sup>. Ici encore, l'opposition concurrence-moyen/concurrence-fin est débattue. Pour les auteurs, une politique de concurrence fondée sur l'ambition de rétablir un état de concurrence pure et parfaite entre dans la catégorie de la concurrence-fin tandis qu'une politique de concurrence susceptible d'être conciliée avec d'autres objectifs plus variés, tels que *«(...) meilleure répartition des*

---

<sup>10</sup> M. PEDAMON, *op.cit.*, p.400. La même position se retrouve dans l'ouvrage de B. CLEMENT, *La libre concurrence*, coll. «Que sais-je?», PUF, 1977, p.3-9 et le manuel de M-A FRISON-ROCHE et M-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, 1<sup>re</sup> ed. Dalloz, «Précis», 2006, p.1-28.

<sup>11</sup> V. pour une position analogue: C. GAVALDA, G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 4<sup>e</sup> ed. 2002, p.257-260; A. et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence. Droit interne et de l'Union européenne*, 3<sup>e</sup> ed. LGDJ, 2008, p.9.

<sup>12</sup> J. SCHAPIRA, G. Le TALLEC, *et.al.*, *op.cit.*, p.211-221 Dans le même sens: L. IDOT, «Europe et concurrence: le grand malentendu», *Europe*, n°8-9/2005, Repères, p.3; L. IDOT, «L'intérêt général: limite ou pierre angulaire du droit de la concurrence», *JDTE*, 2007, n°142, p.225.

<sup>13</sup> B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL, *Droit commercial européen*, Dalloz, «Précis», 1994, p.368.

ressources, essor du progrès technique, maintien de l'emploi»<sup>14</sup>, correspondrait à une concurrence-moyen. Le modèle de concurrence-moyen est alors choisi par les auteurs, par préférence à celui de la concurrence-fin.

Le *Traité de droit commercial* du professeur Vogel se penche aussi, lorsqu'il aborde le droit de la concurrence, sur sa légitimité. Il indique que le droit de la concurrence, entendu *stricto sensu*, n'a pas pour finalité la loyauté de la concurrence. Son objectif primordial reste l'efficacité économique définie comme la lutte «*contre le pouvoir de monopole ou de marché, c'est-à-dire la capacité dont dispose une entreprise ou un groupe d'entreprises contrôlant une part relativement importante du marché, d'induire une hausse des prix en réduisant les quantités offertes et en obligeant ainsi les consommateurs à se détourner vers d'autres biens, au risque de gaspiller des ressources économiques rares.*» Aussi, l'efficacité est-elle «*neutre au regard de la répartition des ressources entre les différents opérateurs, le droit de la concurrence est dépourvu de toute préoccupation d'équité*»<sup>15</sup>. L'efficacité est dite neutre en ce qu'elle ne fait appel à aucun jugement de valeur étranger à l'allocation optimale des ressources. L'auteur ajoute toutefois que l'efficacité ne constitue pas la seule finalité du droit européen ou national: elle se concilie avec d'autres objectifs plus généraux<sup>16</sup>.

Une autre approche enfin, consiste à légitimer la libre concurrence par référence à l'intérêt général. C'est en précisant le contenu de ce dernier que la libre concurrence serait d'autant mieux circonscrite<sup>17</sup>. À ce titre, le professeur G. Clamour distingue dans le droit de la concurrence une dimension objective qu'il oppose à la dimension subjective. La dimension objective a pour finalité de protéger le marché, pendant que la dimension subjective protège les droits des concurrents. Cette dichotomie permet dès lors de justifier que la dimension objective du droit de la concurrence est de celle qui entre dans le cadre des missions d'intérêt général dont les personnes publiques ont la charge<sup>18</sup>. Cette position se retrouve développée

---

<sup>14</sup> B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL, *op.cit.*, p.368.

<sup>15</sup> L. VOGEL, *Traité de droit commercial*, M. GERMAIN (dir.), 18<sup>e</sup> ed. LGDJ, 2001, p.561-562. Dans le même sens: F. SOUTY, *Le droit et la politique de concurrence de l'Union européenne*, Montchrestien, 2003, p.19-39; M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 4<sup>e</sup> ed. Dalloz-Sirey, 2008, p.34; L. ARCELIN, *Droit de la concurrence. Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire*, PUR, 2009, p.9-30; C. LUCAS De LESSAY, G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF, 2002, p.9-63; D. BRAULT, *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, LGDJ, 2004, p.1-6.

<sup>16</sup> Cette théorie dite de la concurrence-moyen trouve est déduite de la jurisprudence *Metro Saba*: CJCE, 25 oct.1977, *Metro c/ Commission*, aff. 26/76, Rec.1977, p.1875, note A. Frigani, *CDE*, 1978, p.461-479.

<sup>17</sup> M. LOMBARD, «concurrence», in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy/PUF, 2003, p.252-255.

<sup>18</sup> G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence: essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006.

dans un certain nombre de travaux récents de publicistes<sup>19</sup>. On pourrait multiplier ainsi les différentes justifications données à l'existence du droit de la concurrence et constater, ce faisant, qu'elles reposent sur des appréciations qui ne se rejoignent pas toujours: certains déduisent la légitimité du droit de la concurrence des règles du Traité pendant que d'autres font appel à des justifications de nature économique ou à l'intérêt général.

De ce tour d'horizon, il ressort qu'aucune définition explicite du concept de concurrence n'est formulée et, mieux encore, que les différents auteurs ne semblent guère préoccupés d'en fournir une. Plus que le concept c'est l'exposé de son régime qui les intéresse. On peut considérer cette entreprise comme parfaitement légitime dans la mesure où l'exposé des normes qui composent le droit de la concurrence n'est pas nécessairement tributaire d'une définition préalable du concept de concurrence<sup>20</sup>. Une manière de justifier cette indifférence est de considérer que même les textes et la jurisprudence ne précisent pas ce qu'il convient d'entendre par concurrence en droit. Pourtant, au regard des différents points de vue évoqués, force est de remarquer que toute discussion sur le droit de la concurrence suppose une conceptualisation préalable d'un modèle politique de concurrence qui en justifie la raison d'être. C'est très exactement ce à quoi servent les réflexions autour de la «théorie de la concurrence-moyen»: à débattre et systématiser différents modèles politiques de la concurrence. De ce point de vue, les «fondements»<sup>21</sup> du droit de la concurrence peuvent autant se référer à l'efficacité économique qu'à la loyauté des échanges, à l'intégration des marchés, à la protection du consommateur ou à celle de l'emploi<sup>22</sup>

À l'analyse, cette question des fondements<sup>23</sup> contribue à alimenter les discours qui érigent la libre concurrence en dogme politique. On débat des «fondements» afin de donner une raison d'être au droit de la concurrence. Il s'agit donc de savoir de quelle manière la concurrence est susceptible de servir l'intérêt public tout en sachant que cette réflexion fait

---

<sup>19</sup> Par ex: S. NICINSKI, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, coll. «Systèmes», 2005; J-P. KOVAR, *L'Etat et les modes d'organisation du marché*, Thèse, Strasbourg, 2005; G. GODIVEAU, *Droit de la libre concurrence: la nouvelle approche de l'Union européenne*, Thèse, Bordeaux IV, 2006; A. ANTOINE, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, LGDJ, 2009.

<sup>20</sup> Pour un tel point de vue: G. GAVALDA, G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 2<sup>nd</sup> ed. 1998, p.216-217; M-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, *et.al*, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008.

<sup>21</sup> Le terme «fondement» est ici entendu au sens d'un discours qui discute de façon explicite la justification de la libre concurrence. Pour une illustration de cette approche: Y. AGUET, «L'équilibre, finalité du droit de la concurrence», in *Mélanges en l'honneur de Y. Serra*, Dalloz, 2006, p.29-58.

<sup>22</sup> Par ex, s'agissant de la protection de l'emploi et du consommateur: Commission européenne, *XXIII<sup>e</sup> rapport sur la politique de concurrence*, Bruxelles, 1994, p.24-25; M. MONTI, *Une nouvelle stratégie pour le marché unique au service de l'économie et de la société européenne*, 9 mai.2010, p.1-122, [http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti\\_report\\_final](http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final); Commission européenne, *La politique de concurrence de l'Union européenne et le consommateur*, Luxembourg, Office des publications officielles de l'union européenne, 2005, 27 p.

<sup>23</sup> Le terme de fondement s'entend ici des deux sens évoqués de façon indistincte.



appel à des appréciations diverses et parfois elles-mêmes contradictoires. Admettre la légitimité du droit de la concurrence par référence à l'intérêt général ou encore la protection du marché, du consommateur ou de l'emploi relève par conséquent de jugements de valeur préalables sans lesquels la libre concurrence n'aurait aucune justification d'un point de vue politique et social. Si un concept de concurrence en droit n'est pas toujours explicité par les juristes qui font usage du terme, il n'en demeure pas moins que tous raisonnent à l'aide d'un concept implicite, lequel repose sur certains présupposés eux-mêmes implicites. En ce qu'il comporte indéniablement «une part de mythe»<sup>24</sup>, ce concept n'a pas pour tâche de rendre compte des faits.

Affirmer que «la concurrence, en tant qu'organisation sociale, est légitime parce qu'elle permet d'optimiser l'allocation des ressources rares» – ou la construction d'un marché commun, peu importe –, cela ne signifie nullement que, dans la réalité, cet objectif soit effectivement atteint. Il s'agit là d'un idéal et la proposition ne saurait être entendue comme une définition de l'essence même de la concurrence ni d'ailleurs comme la seule définition du concept de concurrence en droit positif. Elle n'est qu'un jugement de valeur visant à justifier la norme selon laquelle la concurrence doit être introduite si elle ne l'est pas ou être maintenue si elle ne l'est déjà. En d'autres termes, la proposition se ramène à celle-ci: «optimiser l'allocation des ressources rares est bon; or la concurrence permet d'y parvenir, donc la concurrence est bonne, et si elle est bonne alors elle doit présider à l'organisation sociale».

Cette démarche ou ce raisonnement n'est pas propre aux juristes. Il est frappant de constater que les économistes néoclassiques, ne s'attardent pas davantage à circonscrire un concept de concurrence<sup>25</sup>. Comme le font observer les différents auteurs évoqués, dans le discours des économistes, avant d'être définie, la libre concurrence trouve à être justifiée. La figure de l'entrepreneur qui, en maximisant son profit, contribue sans le vouloir au bien-être de la collectivité est une image déjà présente chez Adam Smith. Pour l'auteur de la *Richesse des nations*, ce mythe constitue la base d'une organisation politique libre dans laquelle les individus peuvent, sans se faire la guerre, participer à la prospérité de la société dans son ensemble.

---

<sup>24</sup> F. RIEM, «Concurrence effective ou concurrence efficace? L'ordre concurrence en trompe-l'œil», *RIDE*, 2008/1, p.67-91.

<sup>25</sup> Pour une discussion de ce point: P. McNULTY, «A note on the history of perfect competition», *Jour. Political. Economy*, 1967, p.395; P. McNULTY, «Economic theory and the meaning of competition», *Quar.Journ.Econ.*, 1968, p.639; G. STIGLER, «Perfect competition, historically contemplated», *Jour. Political. Economy*, 1957. Tous les économistes ne partagent pas ce point de vue comme les développements qui suivent le font observer au point n°2.

Il faut insister sur l'aspect mythique d'un tel récit, car dans la réalité, Smith ne cesse de s'insurger contre les corporations: «*Les membres d'une même profession se réunissent rarement pour leur agrément ou leur distraction; lorsqu'ils le font, leurs conversations ont pour but quelque complot contre le public ou quelque manœuvre pour faire monter les prix*»<sup>26</sup>. Sans doute, comme l'affirment M. Glais et P. Laurent, la signification du terme de concurrence relève-t-elle d'un contresens originaire regrettable. Dans la pensée d'Adam Smith, il s'agissait plutôt de rendre compte d'une forme déterminée de comportement, sans qu'il fût nécessairement lié à la structure du marché. C'est en ayant recours à la même figure mythique de l'entrepreneur dynamique que Schumpeter et à sa suite, le courant austro-américain, magnifie et naturalise la concurrence en tant que processus d'innovation<sup>27</sup>.

Par tous ces aspects, la libre concurrence assure une certaine liberté aux acteurs économiques autant qu'elle contribue à la prospérité de l'État. C'est cette même croyance que formalise le concept néoclassique de concurrence pure et parfaite. Dans le discours néoclassique, la concurrence se comprend comme un état sublimé. Sous réserve d'une atomicité d'offreurs et de demandeurs, de l'homogénéité des produits, de la transparence des prix et de la mobilité des facteurs, la concurrence satisfait un état dit d'équilibre. Remarquons que le modèle d'équilibre renvoie à un «état» qui n'a pas pour ambition de rendre compte de la réalité. Bien que fallacieux, il permet de justifier la raison d'être du droit de la concurrence.

À la différence du juriste qui aura tendance à faire référence aux «fondements»<sup>28</sup> de la libre concurrence à l'aune des modèles de concurrence-moyen ou concurrence-fin, l'économiste néoclassique justifiera la légitimité du droit de la concurrence par référence à l'état de concurrence pure et parfaite, au regard de l'imperfection des marchés. Dans ce dernier cas, le droit de la concurrence vient soit pallier une défaillance de marché en cas de

---

<sup>26</sup> A. SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776, trad. G. Garnier, 1843, Livre IV, Chap.2, T II, p.52-63. Pour une analyse du concept de l'idée de marché comme lien social: G. FACCARELLO, «La «liberté du commerce» et la naissance de l'idée de marché comme lien social», in P. NEMO, J. PETITOT (dir.), *Histoire du libéralisme en Europe*, Paris, PUF, 2006, p.205-218; L. ANTHONY, *French moralists: the theory of the passions, 1585 to 1649*, Oxford Clarendon Press, 1964; S. CARVALLO, «La naturalisation de la compétition et la dénégation du rapport de force de Hobbes à Tocqueville», in J-M. PELT (dir.), *La compétition, mère de toutes choses? Le collège supérieur*, Lyon, ed. de l'Emmanuel, 2008, p.45-65.

<sup>27</sup> Le courant austro-américain désigne les penseurs autrichiens qui se sont exilés aux Etats-Unis et qui ont développé une forme de radicalisme en faveur du marché par préférence à l'intervention de l'Etat (Hayek, Mises, puis par la suite Rothbard ou Nozic). Sur la figure de l'entrepreneur dans la pensée de Schumpeter: F. DANNEQUIN, «L'organisation contre le capitalisme. Le déclin de l'entreprise chez Schumpeter», *Innovations*, 2008, n°27, p.46-68. Dans le même sens: F. A. HAYEK, «The Meaning of Competition», in *Individualism and Economic Order*, London, Routledge & Keagan Paul, 1976, p.92-106; F. A. HAYEK, «The theory of complex phenomena», in Bunge (ed), *The critical approach to Science and Philosophy*, 1964; F. A. HAYEK, «Notes on the evolution of systems of conduct», in *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, Chicago, The Univ Chicago Press, 1976, p.68-81; P. SALIN, *La concurrence*, PUF, coll. «Que sais-je», 1995; R. EBERLING, *The Austrian theory of the trade cycle*, Ludwig Von Mises Institute, 2009.

<sup>28</sup> Ici, entendu comme ensemble de discours explicites sur la justification de la libre concurrence.

concurrence insuffisante, soit évaluer un comportement afin de déterminer s'il est en adéquation avec une norme plus générale d'efficacité. Pour autant, ces hypothèses restent fondées, même implicitement, sur l'idéal d'une restauration souhaitable de l'équilibre.

Par conséquent, si les discours économique et juridique diffèrent par leur contenu, ils se rejoignent par leur fonction en tant qu'ils contribuent à la propagation de mythes que l'on pourrait qualifier de «fondateurs». Ainsi, de l'idée que l'exercice de la libre concurrence serait le seul moyen de réaliser le bonheur individuel<sup>29</sup>. Ce mythe impose une vulgate qui aboutit à inscrire la concurrence dans la nature des choses et laisse croire qu'elle s'avère bénéfique à l'ensemble de la société. Or ces deux points sont profondément contestables.

La réalité, celle qui émane de l'observation des pratiques effectives des acteurs économiques, est beaucoup plus contrastée et complexe qu'elle paraît dans les discours qui légitiment la concurrence en tant que principe politique<sup>30</sup>. Lorsqu'il aborde le droit de la concurrence par la manière dont les acteurs économiques rivalisent, l'économiste A. Bienaymé explique que: «(...) *les malentendus auxquels prête la notion de concurrence sont fâcheux car ils concernent le régime d'organisation et de fonctionnement des économies de marché, ni plus, ni moins. Ces incertitudes de langage empêchent de comprendre la manière dont une économie de marché fonctionne et dont les acteurs s'y comportent effectivement (...)*»<sup>31</sup>

En premier lieu, la concurrence, entendue comme mode de rivalité frontale entre acteurs économiques par le moyen du prix est un dogme faux<sup>32</sup>. Le prix n'en constitue pas la seule modalité d'exercice. Les entreprises nouent des alliances ou créent des niches qui leur permettent de monopoliser certains marchés. La rivalité par les prix, voire la rivalité tout court, ne constitue donc pas l'unique modalité des stratégies concurrentielles. La recherche de sécurité et de stabilité en constitue un équilibre. Ce constat suffit à réfuter le dogme du caractère naturel de la rivalité.

---

<sup>29</sup> M. GLAIS, P. LAURENT, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, PUF, 1983, p.5-15.

<sup>30</sup> J-P. HIRSCH, «La concurrence: décisions et pratiques, hier et aujourd'hui», *L'économie politique*, 1/2008, n°37, p.66-76. Pour un aperçu non exhaustif de ce point de vue: W. SAMUELS, «The economy as a system of power and its legal bases: the legal economics of Robert Lee Hale», *Univ. Miami. L. Rev.*, vol.27, 1973, p.262-369; J. GERSEN, «When Businesses sue each other: an empirical study of state court litigation», *Law & Social Inquiry*, vol.25, n°3, 2000, p.789-816; M. GRANOVETTER, «Les institutions économiques comme constructions sociales: un cadre d'analyse», in A. ORLEANS (dir.), *Analyse économique des conventions*, Paris, PUF, 2004, p.79-94; H. DUMEZ, A. JEUNEMAITRE, «Concurrence et coopération entre firmes: les séquences stratégiques multidimensionnelles comme programme de recherche», *Finance, Contrôle et Stratégie*, vol.8, 2005, p.27-48.

<sup>31</sup> A. BIENAYME, *Principes de concurrence*, Paris, Economica, 1998, p.2.

<sup>32</sup> F. Le ROY, «La concurrence, entre affrontement et connivence», *Revue française de gestion*, 1/2007, n°158, p.149-152; S. LIARTE, L. CAILLUEL, «Mais où s'affrontent les entreprises? De l'étude de la concurrence aux lieux de cette concurrence», *E&H*, n°4/2008, n°53, p.7-11.

En second lieu, dans le monde ordinaire des affaires, l'imperfection des marchés constitue davantage la règle que l'exception. Si telle est la réalité à laquelle se confrontent quotidiennement les juges ou les autorités de la concurrence, elle infirme le dogme d'une concurrence profitable pour le plus grand nombre. L'imperfection des marchés est quotidiennement attestée par les différents contentieux qui émaillent le droit de la concurrence. On ne peut que noter, ce faisant, le décalage entre le mythe fondateur de la libre concurrence et la réalité quotidienne des affaires. Dès lors, de deux choses l'une: soit ce décalage vient dénier toute légitimité au droit de la concurrence dans la mesure où l'objectif de restauration d'un état d'équilibre relève de la simple chimère, soit il faut comprendre la justification de la libre concurrence indépendamment de toute réalité prédéfinie. Ce qui veut dire encore que la concurrence en tant que modèle politique n'a pas pour fonction de rendre compte de la réalité des affaires, mais plutôt d'en justifier l'existence.

Ces différents arguments expliquent pourquoi le concept de concurrence n'est pas plus spécifié chez les juristes que chez les économistes. Le concept ne fait pas l'objet de clarifications parce que telle n'est pas la fonction qui lui est assignée. Entendu comme un principe politique, les fondements de la libre concurrence instaurent la croyance nécessaire à l'exercice de la compétition réelle dans sa complexité ainsi que ses multiples dimensions. Il convient par conséquent d'aborder différemment le droit de la concurrence en explicitant les raisons pour lesquelles la concurrence effective ne peut se passer d'une dimension idéologique qui permet d'en assurer la pérennité.

## **2- Intérêt du sujet, délimitation de l'objet**

Si les différents discours sur la légitimité du droit de la concurrence ne peuvent, du point de vue de la connaissance scientifique, constituer des propositions valables, ils peuvent en revanche efficacement parvenir à susciter l'adhésion. Ce premier argument plaide en faveur d'une recherche sur la façon dont ceux qui sont confrontés aux normes se représentent la concurrence. Par là, le présent travail de recherche entend contribuer à la connaissance d'un aspect largement tenu pour naturel à savoir, la libre concurrence en tant que dogme politique et social. Cette idéologie exerce une influence notable sur les modes de rivalité entre acteurs économiques. Elle sous-tend un régime juridique qui reflète la manière dont les pratiques d'entreprises parviennent à se pérenniser en son sein. En conséquence, le second intérêt de cette recherche est d'attirer l'attention sur le fait que les normes juridiques peuvent utilement constituer un terrain empirique de recherche pour comprendre les stratégies concurrentielles.

Il est de coutume en effet de s'intéresser au droit de la concurrence en s'attachant à ses effets, lorsqu'il ne s'agit pas de rendre compte du lien entretenu avec «*l'analyse économique*». Pourtant, cette démarche d'économie du droit aujourd'hui en pleine expansion – du moins en France – ne permet pas de rendre compte de la façon dont ceux qui interprètent le droit de la concurrence construisent sa légitimité, ou encore de la façon dont les acteurs économiques se servent des normes juridiques lorsqu'ils élaborent leurs stratégies concurrentielles.

Au contraire, l'analyse économique du droit dans sa version dominante se contente d'évaluer les pratiques d'entreprises au regard de standards économiques tels que l'efficacité, la rationalité ou le marché par exemple. Cette posture prétend généralement rapprocher le droit de la «réalité» économique dans laquelle il s'inscrit. Elle présuppose, tout comme les théories marxistes avant elle, que le droit est – ou ne doit être – qu'un simple reflet du système économique. Aussi l'économie du droit ne prend-elle pas à proprement parler le droit pour objet d'étude, mais elle l'intègre dans une problématique plus générale *d'analyse économique*. Une telle démarche a pour inconvénient de masquer l'utilité que présente le discours juridique pour le système économique<sup>33</sup>. Différemment, mais souvent de façon connexe, la dialectique droit/économie est examinée afin de permettre une meilleure intégration des concepts ou raisonnements économiques dans l'interprétation des normes.

La démarche que nous proposons est différente. Elle part de la prémisse selon laquelle il n'existe pas une mais plusieurs façons d'aborder la concurrence dans sa complexité. Une première démarche consiste à modéliser le fonctionnement de la concurrence dans le but d'en comprendre les mécanismes et la complexité. Une seconde démarche privilégie plutôt la systématisation de la libre concurrence en tant que modèle idéologique. Ces deux dimensions de la concurrence – l'une compréhensive, l'autre idéologique – s'enchevêtrent dans le quotidien des acteurs économiques. Ce qui veut dire qu'en tant que fait social complexe, la concurrence se compose d'aspects multidimensionnels. Plutôt que de prendre la libre concurrence comme un acquis dont il convient de discuter le contenu, nous proposons d'en interroger la fonction au regard de son contexte politique et social.

---

<sup>33</sup> Pour un aperçu de cette position: O. WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies. Analysis and Antitrust implications*, New York, The Free Press, 1975; R. POSNER, «The decline of Law as an autonomous discipline: 1962-1987, 1987», *Harv. L. Rev.*, 1987, vol 100, p.761-780; E. MACKAAY, *L'Analyse Economique du Droit*, T.1: Les fondements, 2000, coll. «Thémis», Montréal; D. FRIEDMAN, *Law's Order*, Princeton Univ Press, 2000; R. POSNER, «Cost benefit analysis: definition, justification and comment on conference papers», in M. Alder, E. Posner (Ed), *Cost Benefit Analysis, Legal, Economic and Philosophical Perspectives*, 2001, Univ Chicago Press, p 317-341; S. FERREY, *Une Histoire de l'Analyse Economique du Droit: calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2009; R. LANNEAU, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and Economics*, Thèse, Paris Ouest Nanterre La Défense, 2009.

La posture proposée doit à cet égard s'éloigner le plus possible d'une signification téléologique. Si l'on a souligné le fait que les économistes néoclassiques s'attardent plus à circonscrire un état qu'un concept de concurrence, tel n'est pas le cas des économistes hétérodoxes ainsi que des sociologues de l'économie. Hayek par exemple oppose, au modèle de néoclassique de concurrence qu'il qualifie de statique, une acception de la concurrence comprise comme un processus social dynamique. Dans ce cadre, «l'information» joue un rôle primordial. Aussi, Hayek estime-t-il que la concurrence revient pour un individu à «s'efforcer de gagner ce qu'un autre individu pourrait au même moment gagner»<sup>34</sup>. Le défaut d'information conditionne l'existence de l'échange. Ce qui explique l'apparition inévitable des monopoles qui, en parvenant à se procurer l'information pertinente, proposent des biens et services aux consommateurs à des prix attractifs. C'est encore cette même approche que reprend à son compte O. Favereau lorsqu'il indique que: «la concurrence c'est un processus dynamique de découverte des goûts des consommateurs et de sélection des entreprises à même de les satisfaire au moindre coût»<sup>35</sup>.

En complément du fait que la concurrence s'appréhende comme un processus dynamique mû par un déséquilibre informationnel, Weber et Simmel la caractérisent comme une forme de lutte. Pour Weber, la concurrence s'entend comme une lutte pacifique «en vue d'acquiescer des opportunités d'échanges»<sup>36</sup>. L'échange se définissant à son tour comme «la forme spécifiquement pacifique d'acquisition de la puissance économique»<sup>37</sup>. Aussi, la sociologie économique précise-t-elle que les aspects de la lutte concurrentielle peuvent se comprendre «en fonction des ressources qu'elles mobilisent, des contraintes qui les encadrent, des logiques d'actions qui s'y font jour»<sup>38</sup>. Dans cette optique, nombreux sont les travaux qui ont mis en lumière l'influence déterminante des règles juridiques sur les formes de lutte concurrentielles<sup>39</sup>. On peut rajouter que ces mêmes règles juridiques sont aussi susceptibles de constituer une ressource dans la lutte que se livrent les acteurs économiques.

À partir de ces prémisses, nous admettons que le droit de la concurrence institue le contexte qui préside à la rivalité concurrentielle sans pour autant l'interdire. Ce qui veut dire

---

<sup>34</sup> F. A. HAYEK, «The Meaning of Competition», in *Individualism and Economic Order*, Routedledge&Keagan Paul, 1949, p.96.

<sup>35</sup> O. FAVEREAU, «La représentation de l'échange marchand pour l'économiste», in A. Hatchel, O. Favereau, F. Aggeri (dir.), *L'activité marchande sans marché? Colloque de Cerisy*, Presses des Mines, 2010, p.115.

<sup>36</sup> M. WEBER, *Economie et Société*, T.1: *Les catégories de la sociologie*, Plon, 1995, p.74-78, sur le concept de «lutte».

<sup>37</sup> M. WEBER, *Economie et Société*, T.2: *L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie*, Plon, 1995, p.416.

<sup>38</sup> P. FRANCOIS, *Sociologie des marchés*, Armand Colin, 2008, p.279.

<sup>39</sup> P. FRANCOIS, *Sociologie des marchés*, Armand Colin, 2008, p.245-251.

plus exactement que le droit de la concurrence: 1) apporte la stabilité politique indispensable à la pérennité de l'exercice de la libre concurrence<sup>40</sup>; 2) permet aux acteurs économiques de développer de nouvelles stratégies concurrentielles, pour autant que celles-ci soient compatibles avec les bornes fixées par la libre concurrence.

Essayons de préciser ces deux propositions. Bien qu'illusoire, si ce n'est largement mythifié, le concept de concurrence tel qu'il ressort du discours juridique vise d'abord à instaurer le contexte indispensable à l'exercice de la libre concurrence. De ces préalables politiques dépend l'effectivité de la rivalité entre acteurs économiques. Surtout, il convient d'indiquer qu'aucune stratégie concurrentielle ne peut valablement s'élaborer si les acteurs économiques ne maîtrisent pas au minimum l'environnement dans lequel ils évoluent; à cet égard, le droit de la concurrence définit un horizon d'action à partir duquel il est possible d'extrapoler des stratégies pérennes. C'est ainsi que l'observation a montré combien les pratiques d'entreprises restent largement tributaires du contexte idéologique dans lequel elles s'inscrivent. En ce sens, des sociologues ont démontré comment la réforme du droit antitrust par l'administration Reagan a instauré un climat libéral qui a contribué à une vague de fusions et d'acquisitions durant les années quatre-vingt<sup>41</sup>. Ces précisions apportent quelques clarifications supplémentaires à notre première proposition: les modes de rivalités restent largement tributaires des différents contextes politiques dont s'imprègne inévitablement le droit de la concurrence.

En proscrivant, au nom de l'intérêt public, certaines pratiques anticoncurrentielles, le droit de la concurrence n'interdit cependant pas toute compétition. Non seulement les acteurs économiques développent au regard de ces interdictions des stratégies alternatives, mais le droit de la concurrence leur permet de mettre en œuvre ces mêmes stratégies. À titre illustratif, une entreprise peut se servir du droit de la concurrence afin de contraindre son concurrent à un règlement amiable: c'est la stratégie dite d'extorsion de fonds. Le droit de la concurrence peut encore servir à renégocier les termes d'un contrat, à prévenir une OPA hostile ou à empêcher une entreprise rivale de se développer. Si l'on remonte plus loin dans l'histoire du *Sherman Act*, on constate que l'interdiction des trusts a poussé les acteurs économiques à développer de nouvelles stratégies concurrentielles. Dans le secteur du rail par exemple, Trusts et cartels font place aux mécanismes d'acquisition par les fusions.

---

<sup>40</sup> On parlera de stratégie concurrentielle pour référer aux ruses ou manœuvres utilisés par les entreprises dans le but de sécuriser leurs positions sur les échanges.

<sup>41</sup> L. BREWSTER STEARNS, K. ALLAN, «Economic Behaviour in Institutional Environments: The Corporate Merger Wave of the 1980s», *American Sociological Review*, vol.61, n°4, 1996, p.699-718.

Les banques, qui financent l'ensemble des entreprises ferroviaires, font pression afin que ces dernières nouent entre elles des alliances. De cette façon, les financiers parviennent à réduire le risque de perte d'argent en évitant une guerre des prix désastreuse. D'un point de vue juridique, les acteurs économiques élaborent pour ce faire un nouveau mécanisme de rivalité qui cadre parfaitement à l'état du droit antitrust; majoritairement favorable à la liberté des entreprises, la Cour suprême juge ces nouvelles pratiques légales. Il faut attendre un changement de contexte politique pour que soient nommés de nouveaux juges, moins favorables au laissez-faire et que s'exerce un contrôle sur les fusions. Cet exemple vient conforter notre seconde proposition: le droit s'inscrit dans le quotidien des acteurs économiques. Il peut se révéler une arme contre des concurrents éventuels comme il peut servir à justifier un certain nombre de stratégies devant les juges ou les autorités de concurrence. Si cet aspect instrumental des normes n'est pas méconnu, il renvoie l'image en droit de la concurrence d'un langage fondé en apparence sur l'*analyse économique*.

En résumé, la démarche que nous proposons conduit à expliciter l'utilité d'un concept de concurrence en droit de la concurrence. Il existe en effet deux façons de se référer aux concepts du point de vue de la théorie générale du droit. Une première approche se donne pour tâche de construire les concepts nécessaires à la science du droit. Elle justifie pour ce faire l'utilité qui s'y attache au regard de la connaissance juridique. Une seconde approche de science du droit examine, en partant du principe que la langue du droit ne désigne aucune réalité extérieure au droit lui-même, les raisons pour lesquelles les acteurs du système juridique – juges, autorités administratives, législateur – ne peuvent se passer d'un concept de concurrence sous-jacent au droit qui s'y rapporte<sup>42</sup>. Tel est l'angle par lequel nous proposons d'aborder le concept de concurrence en droit.

Une fois précisé notre posture, il convient de nous atteler à la construction de l'objet qui s'y rapporte. De façon usuelle, le droit de la concurrence s'entend du droit des pratiques anticoncurrentielles, de la concurrence déloyale, des aides d'Etats ou des procédures de mise en concurrence. On le voit, le champ d'étude est vaste. C'est la raison pour laquelle nous choisirons de restreindre l'étude aux pratiques anticoncurrentielles en ce qu'elles constituent le «cœur» du droit de la concurrence. Par droit de la concurrence, nous entendrons donc le droit des pratiques anticoncurrentielles à l'exclusion du droit des pratiques déloyales, des

---

<sup>42</sup> Pour une position similaire: HATCHUEL A., «Activité marchande et prescription: à quoi sert la notion de marché?», in A. Hatchuel, O. Favereau, F. Aggeri (dir.), *L'activité marchande sans marché? Colloque de Cerisy*, Presses des Mines, 2010, p.159-179; C. DEPEYRE, H. DUMEZ, «Qu'est-ce qu'un marché? Un exercice Wittgensteinien», in A. Hatchuel, O. Favereau, F. Aggeri (dir.), *L'activité marchande sans marché? Colloque de Cerisy*, p.211-228.



aides d'État ou des procédures de mise en concurrence<sup>43</sup>. Plus précisément, nous prendrons pour objet les normes entendues au sens de «*signification objective d'actes de volonté*»<sup>44</sup>, ce qui amène à s'intéresser autant à la jurisprudence qu'aux décisions des autorités administratives. À côté des normes, notre étude s'attardera aussi sur le discours doctrinal en ce qu'il tend à prescrire nombre de concepts à destination des interprètes et qu'il exerce une influence non négligeable sur la manière de conceptualiser la concurrence en droit. Enfin, de façon conventionnelle, nous utiliserons pour parler du droit de l'Union européenne, le qualificatif «européen» par préférence à celui «communautaire» au regard de la nouvelle terminologie utilisée par le TFUE.

### 3- Méthodologie et annonce de la problématique

La science du droit dans sa version réaliste entreprend de connaître le droit tel qu'il est et non tel qu'il doit être. Elle n'admet d'un point de vue épistémologique aucun amalgame entre l'être et le devoir-être<sup>45</sup>. Si l'on part du principe qu'il existe différentes manières d'aborder le concept de droit qui constituent autant de niveaux de langage, notre posture s'inscrit dans une approche doctrinale. Elle n'est pas une théorie du droit, ce qui impliquerait de proposer un concept utile à la science du droit. Le réalisme dans sa version empiriste oriente la recherche de la science du droit dans trois directions: 1) décrire les normes; 2) décrire les jugements de valeur – encore qualifiés d'idéologies – qui s'y rapportent; 3) tenter d'expliquer à partir de ces idéologies, le choix d'une interprétation au détriment d'autres possibles. En ce qu'elle permet de comprendre la relation que le droit entretient avec le contexte social dans lequel il s'inscrit, la méthodologie réaliste sera celle appliquée à notre objet d'étude.

Afin de comprendre la manière dont le discours juridique parle de la concurrence, il convient dans un premier temps de rendre compte du concept de concurrence produit par le droit positif et d'identifier – au sein des discours de ceux qui créent ce droit positif – les

---

<sup>43</sup> Les procédures de mise en concurrence désignent en matière de commande publique, les formalités auxquelles sont astreintes les personnes publiques lesquelles passent par le respect du droit des pratiques anticoncurrentielles. Sur cette question: M. BAZEX, «Existe-t-il un droit de la concurrence en dehors de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986?», *Gaz. Pal.*, 1997, n°144, p.47.

<sup>44</sup> H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud, F. Malkani, PUF, 1996, p.33, 39-42.

<sup>45</sup> M. TROPER, «Les théories volontaristes du droit: ontologie et théorie de la science du droit», in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, p.57-67. Pour un aperçu de ce courant inspiré du réalisme scandinave: S. STRÖMHOLM, H. H. VOGEL, *Le «réalisme scandinave» dans la philosophie du droit*, Paris, LGDJ, coll. «bibliothèque de philosophie du droit» T. XIX, 1975; A. PINTORE, «Sur la philosophie italienne à tendance analytique», *Droit et Société*, n°23/24, 1993, p.199-212.

différents jugements de valeur qui légitiment la concurrence en tant qu'institution politique: c'est tout l'objet de la concurrence en tant qu'idéologie<sup>46</sup> (**Première partie**). Dans un second temps, il faut montrer de quelle manière le droit de la concurrence donne, au sein de ce cadre idéologique, la possibilité aux acteurs économiques de pérenniser leurs stratégies concurrentielles. Le langage du droit de la concurrence crée en effet les catégories ainsi que les figures métaphoriques dont la flexibilité permet aux acteurs économiques de justifier les pratiques qu'ils mettent en œuvre. C'est ce dont traite la concurrence comme rhétorique (**Seconde partie**).

---

<sup>46</sup> De façon large, il faut entendre par idéologie, tout discours qui ne relève pas du discours de la science: M. TROPER, «L'idéologie juridique», in G. Duprat (dir.), *Analyse de l'idéologie*, T.1, Paris, Galilée, 1980, p.221-234.

## Première partie: La concurrence comme idéologie

De différentes acceptions du terme «concurrence», le discours juridique opte pour celles qui justifient l'existence de la rivalité en la définissant comme profitable au bien-être social. Ce bien-être, qui sera désigné par le terme «d'intérêt public»<sup>1</sup>, donne son sens et sa légitimité politique à la concurrence<sup>2</sup>. Il faut partir de cette idée très schématique pour en préciser davantage le contenu<sup>3</sup>. Le propos serait simple en effet, s'il n'existait pas différentes déclinaisons de l'«intérêt public». Derrière son flou apparent, coexistent en pratique plusieurs idéologies dont il convient de rendre compte<sup>4</sup>. Selon les contextes et les intérêts politiques des acteurs qui ont à charge de la définir, la concurrence<sup>5</sup> fait l'objet de justifications multiples. Les virtualités idéologiques qu'elle présente confirment la thèse selon laquelle les stratégies des acteurs économiques se développent au sein d'un cadre politique complexe. Sans chercher à trouver une cohésion<sup>6</sup> à cette complexité, le but de cette partie est d'en appréhender les contours aussi fidèlement que possible. Parmi les acteurs politiques chargés de donner une justification à la concurrence, il y a le législateur à l'évidence. Il y a surtout, et de façon plus concrète, ceux-là qui sont habilités à interpréter les énoncés législatifs: juges et autorités administratives notamment<sup>7</sup>. Leur rôle politique n'en est que davantage renforcé.

---

<sup>1</sup> V. introduction infra. L. IDOT, «L'intérêt général: limite ou pierre angulaire du droit de la concurrence», *JTDE*, 2007, n°142, p.225; J-P. KOVAR, *L'État et les modes d'organisation du marché*, Thèse Strasbourg, 2005; A. BIENAYME, *Principes de concurrence*, Economica, 1998.

<sup>2</sup> W. SAMUELS, «The economy as a system of power and its legal bases: the legal economics of Robert Lee Hale», *Univ. Miami. L. Rev.*, vol.27, 1973, p.262-369; J. K. GALBRAITH, *Le nouvel État industriel*, Gallimard, 3<sup>e</sup> ed. 1989, p.241-242.

<sup>3</sup> L'expression «intérêt public» figure d'ailleurs explicitement dans un certain nombre de considérants et articles du règlement n°1/2003, règlement (CE), n° 1/2003, *relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité*, J.O n° 001 du 4 janv.2003, p.1-25, cons. n°14, 21, 35, article 10.

<sup>4</sup> A. MOURRE, C. MOMEGE, *et.al*, *Mondialisation politique industrielle et droit communautaire de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

<sup>5</sup> Afin de ne pas alourdir le propos, le terme «concurrence» fera ici référence à sa signification idéologique, laquelle correspond encore à l'expression de concurrence exercée dans «l'intérêt public». En d'autres termes, le concept renvoie à la concurrence non pas telle qu'elle est, mais telle qu'elle doit être pour être légitime dans un certain contexte politique. À chaque fois que nous parlerons de «concurrence», nous référerons à cette signification. V. Introduction, supra.

<sup>6</sup> La cohésion s'entend ici par référence à un «*fondement axiologique commun*», in R. GUASTINI, *Leçons de théorie constitutionnelle*, trad. V. Champeils-Desplats, Dalloz, 2010, p.62-63. Sur cette question dans le contexte de l'Union européenne v., plus précisément: M. DRAHOS, *Convergence of Competition Laws and Policies in the European Community*, Kluwer, 2001; J-Y. CHEROT, «Le droit dans un ordre juridique faiblement ordonné. Le cas de l'Union européenne», in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur de B. Genevois*, Dalloz, 2009, p.175-184; V. MICHEL, *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, PUS, 2009.

<sup>7</sup> A. STONE SWEET, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford univ Press, 2004.

Au sein de l'Union européenne<sup>8</sup>, les concepts de «marché» et «concurrence» se sont imposés comme des concepts clés du processus de construction politique<sup>9</sup>. L'hétérogénéité politique des intérêts est en effet telle que la Commission doit, pour donner une cohésion à la politique de concurrence, jouer sur les virtualités idéologiques que véhiculent ces concepts: matrice du marché commun, la concurrence est au service du consommateur, autant qu'elle est à la source du développement industriel et du progrès social. Un premier thème s'attachera à décrire, au sein d'un cadre aussi hétérogène que l'Union européenne, la manière dont se déploient ces différentes facettes de la concurrence tant à l'échelle européenne que des États membres. C'est sur un discours de «réforme» par «l'analyse économique»<sup>10</sup> que se fonde la Commission depuis quelques années pour donner à la fois une cohésion et une nouvelle justification politique au droit de la concurrence. Pour cela, Bruxelles s'active sur deux fronts: l'un européen, l'autre national. À l'échelle européenne, l'interprétation des normes se technicise au fil du temps. L'apparent économisme dont elle fait l'objet laisse aujourd'hui penser, sur le modèle antitrust, que la Commission s'est engagée dans la voie d'une politique rigoureuse, plus proche des réalités des entreprises et des consommateurs<sup>11</sup>. En réalité, ce registre de discours qui assimile le droit de la concurrence à un droit de spécialistes se retrouve dès l'origine du traité de Rome. Seulement, à mesure que la concurrence prend de l'importance dans le processus de construction politique, les autorités européennes s'attachent paradoxalement à en dépolitiser le plus possible l'application.

Il n'est pas étonnant qu'à l'échelle nationale, le discours de réforme fasse aussi passer le droit de la concurrence pour un droit d'expert<sup>12</sup>. Partant, seuls les «experts», que sont les autorités de la concurrence, détiennent les clés d'une véritable interprétation fondée sur «l'analyse économique» conforme au nouveau discours politique prôné par la Commission.

---

<sup>8</sup> Il faut entendre par «complexe» un système qui se caractérise par une pluralité d'autorités normatives de même niveau (juridictions nationales) et de niveau hiérarchique (juridictions nationales, Commission, TPIUE, CJUE), in R. GUASTINI, *Leçons de théorie constitutionnelle*, op.cit., p.58-59.

<sup>9</sup> N. FLIGSTEIN, I. MARA-DRITA, «How to Make a Market: Reflexions on the European Community's Single Market Program», *American Journal of Sociology*, vol.102, n°1, 1996, p.1-33; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 3<sup>e</sup> ed. 2001; H & W. WALLACE, M. POLLACK, *Policy-Making in the European Union*, 5<sup>th</sup> ed. Oxford univ Press, 2005; N. JABKO, *L'Europe par le marché. Histoire d'une stratégie improbable*, Presses Sciences Po, 2009.

<sup>10</sup> De façon provisoire, convenons de définir l'expression «analyse économique» dans le discours des interprètes, comme une référence à différentes idéologies susceptibles de justifier l'utilité sociale de la concurrence. L'analyse de cette question sera davantage abordée dans notre seconde partie.

<sup>11</sup> C. NOURISSAT, R. WITTERWULGHE (dir.), *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence: un nouveau défi pour les juridictions françaises*, Dalloz, 2004.

<sup>12</sup> On assimilera très largement la définition de l'expertise à celle d'un «savoir-faire» ou «savoir-dire», bref à un genre de discours bien particulier qui mêle à la fois argument d'autorité et jargon propre. Sur cette question, v. J-Y. TREPOS, *Sociologie de l'expertise*, PUF, 1996; L. DUMOULIN, *L'expert dans la justice: de la genèse d'une figure à ses usages*, Economica, 2007; L. DUMOULIN, S. LA BRANCHE, et al, *Le recours aux experts (raisons et usages politiques)*, P.U.G, coll. «Symposium», 2005.

Le discours de «réforme» du droit de la concurrence devient du même coup l'alibi qui permet à la Commission de renforcer l'extension de nouvelles prérogatives au détriment des juges nationaux. Loin d'être passifs, ces derniers développent des stratégies de contournement, soit dans le but de maintenir des positions idéologiques différentes, soit afin d'éviter de se contraindre par l'utilisation de catégories tributaires de dires d'experts. Les développements qui suivent interrogent la cohésion de la politique de la concurrence sous ce double rapport – national et européen – (Titre1).

Les interprètes européens ne sont toutefois pas les seuls à jouer sur les différentes facettes politiques de la concurrence. D'autres interprètes concurrents de ceux de l'Union usent eux aussi des virtualités qu'elle présente dans le but de mieux s'émanciper de la contrainte du droit européen. La réception du droit de la concurrence par le Conseil d'État en est l'illustration parfaite. Afin de se redonner une nouvelle légitimité dans un contexte concurrentiel de plus en plus prégnant, la Haute juridiction s'est approprié de façon prétorienne le monopole d'un droit de la concurrence opposable aux personnes publiques. D'antagonistes qu'ils étaient, droit administratif et droit européen renouent par là des relations pacifiées. Mais cette lecture reste trompeuse à plusieurs égards. En se posant en réconciliateur de la concurrence et de «l'intérêt général», le juge administratif s'est en grande partie affranchi du droit européen. Bien plus, il s'en approprie les catégories dans un sens totalement différent (Titre2).

## TITRE 1: La cohésion de la politique de concurrence à l'échelle de l'Union et des États membres

La référence à «*l'analyse économique*» s'est imposée comme un impératif inhérent à l'interprétation du droit européen de la concurrence. C'est du moins ce qui ressort d'une lecture attentive de la jurisprudence et de la pratique décisionnelle contemporaine<sup>1</sup>. Nous partirons de ce constat pour comprendre ce qu'il traduit dans l'évolution des normes à l'échelle européenne. Les normes occupent en effet une place centrale dans l'orientation de la politique de concurrence<sup>2</sup>. À l'origine, le droit de la concurrence s'est mis en scène comme un droit d'expert. Autrement dit, comme un discours dont la force de persuasion repose sur l'usage d'un registre technocratique, et ce, dans le but contourner les dissonances autour de la politique de concurrence. La Commission, soutenue par la Cour, continue de faire passer de cette manière, nombre d'orientations politiques majeures<sup>3</sup>. La technicité du droit européen de la concurrence s'est, dans un premier temps, appuyée sur l'autorité des traités. Progressivement, elle s'est déplacée vers un accaparement progressif du vocable économique. Tant qu'il existait un consensus partagé entre les interprètes sur la politique du droit de la concurrence, les choix opérés par la Commission en matière de vocable économique étaient considérés comme légitimes. Ils ne le furent plus dès l'instant où, d'autres interprètes décidèrent eux aussi, au nom de la conformité à «*l'analyse économique*», d'assumer des prises de positions idéologiques différentes (Chapitre1).

À l'échelle des États membres, la Commission doit aussi compter sur les interprètes nationaux. Si le règlement 1/2003 décentralise l'application des articles 101 et 102 TFUE à ces mêmes interprètes, il élabore dans le même temps, des mécanismes de contraintes nécessaires à la pérennisation d'une politique de la concurrence homogène. Mais comment rendre homogène ce qui, au sein même de l'ordre européen, ne l'est pas? À défaut d'un tel idéal de cohérence<sup>4</sup>, la Commission l'utilise comme moyen de persuasion auprès des juges

---

<sup>1</sup> Sur l'ensemble de ces questions: A-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, coll. «Droit et économie», 2008; C. Le BERRE, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Thèse Paris X, 2006; I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique. L'exemple du traitement des restrictions verticales par le droit communautaire et américain de la concurrence*, Thèse, Strasbourg, 2004.

<sup>2</sup> Sur l'importance du pouvoir de la Cour, du Tribunal et de la Commission, on peut se référer aux travaux de: A. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p.137-145 et p.223-369.

<sup>3</sup> M. CINI, L. MCGOWAN, *Competition policy in the European Union*, 2<sup>nd</sup> ed. 2009, p.11-40.

<sup>4</sup> A. JEAMMAUD, «L'ordre, une exigence du droit?», in *Les divergences de jurisprudence*, (dir.) P. ANCEL, M-C. RIVIER, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, p.15-26.

nationaux. Clé de voûte du nouveau système de décentralisation des articles 101 et 102 TFUE, elle tente au nom de la conformité à «*l'analyse économique*» et par le biais des mécanismes du règlement 1/2003, de contraindre les juridictions nationales à une certaine interprétation du droit européen de la concurrence. Les contraintes qu'elle impose toutefois ne sont pas sans conséquence: elles influent sur les juges nationaux qui ne sont pas toujours, loin de là, enclins à coopérer ou dialoguer. La technicisation grandissante du droit de la concurrence a pour effet paradoxal de conduire à des stratégies de contournement d'application des articles 101 et 102 (Chapitre2).

## Chapitre 1: L'évolution de la concurrence entre les interprètes européens

L'interprétation du droit de la concurrence n'est pas uniforme en dépit du fait que ce pan de compétences, partie intégrante du marché commun, est aujourd'hui largement européenisé<sup>1</sup>. Ce fait n'appellerait pas de remarques particulières si par «européanisé», il fallait entendre qu'un ensemble de compétences relève d'organes qui composent l'Union européenne<sup>2</sup>. En admettant que l'orientation de la politique de concurrence passe par le biais des normes<sup>3</sup>, la question est plutôt de savoir, de quelle manière elle parvient à se mettre en œuvre. Il est évident que la Commission ne peut parvenir à imposer de manière unilatérale une politique de concurrence. Elle doit d'abord réunir en son sein, l'harmonisation de son collège; elle doit ensuite s'assurer du soutien d'autres interprètes: Cour, Tribunal, juges nationaux principalement; elle doit enfin, gagner l'adhésion des milieux d'affaires et d'un certain nombre d'États membres. La jurisprudence et la pratique décisionnelle méritent d'être relues à la lumière de ces différentes contraintes. En effet, l'assentiment des différents acteurs évoqués, passe par la formulation d'un discours polysémique capable de satisfaire l'intérêt de chacun<sup>4</sup>.

La réalisation du marché commun a, dans un premier temps, été l'incarnation de ce consensus<sup>5</sup>. La Cour, puis le Tribunal, s'y sont appuyés dans le but de s'émanciper des intérêts nationaux; l'Allemagne s'y est ralliée afin d'obtenir un certain nombre de garanties en matière de libre concurrence; nombre d'acteurs économiques y ont vu le moyen d'accéder à de nouvelles opportunités d'échanges à l'échelle européenne<sup>6</sup>. Enfin, le marché commun s'est tourné vers les idéologies qui en permettaient la réalisation: ordolibéralisme, école structuraliste principalement. L'Acte unique a été déterminant pour son achèvement. Dans un second temps, de nouvelles contraintes ont poussé la Commission à modifier le substrat idéologique qui sous-tendait la politique de concurrence: au marché commun s'est alors adjoint la défense du consommateur par l'efficience. Les causes de ce virage sont complexes comme l'illustrent les développements qui vont suivre. La seule certitude semble être que le

---

<sup>1</sup> H. DUMEZ, A. JEUNEMAÎTRE, *La concurrence en Europe*, Paris, Seuil, 1991.

<sup>2</sup> C. BLUMANN, L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 3<sup>e</sup> ed.2007.

<sup>3</sup> A. S. SWEET, *The Judicial construction of Europe*, *op.cit.*; A. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, *op.cit.*, p.137-145.

<sup>4</sup> N. FLIGSTEIN, I. MARA-DRITA, «How to Make a Market: Reflexions on the European Community's Single Market Program», *American Journal of Sociology*, vol.102, n°1, 1996, *op.cit.*

<sup>5</sup> Ce qu'illustre le *Rapport Spaak*, in J. GOYDER & A. ALBORS-LLORENS, *EC Competition Law*, 5<sup>th</sup> ed. Oxford univ Press, 2009.

J. MEGRET, *Commentaire concurrence*, 2<sup>nd</sup> ed. 1997, p.3-6.

<sup>6</sup> M. MONTALBAN, S. RAMIREZ-PEREZ, «Eu Competition Policy revisited: Economic Doctrines within European Work», *Biannual conference of the Society of Advanced Economics*, Paris, 16-18 juil.2009, p.1-41.



consensus jadis établi entre les interprètes se soit en partie effrité. La dissonance des positions traduit la recherche d'un nouveau paradigme alternatif à la réalisation du marché commun. Le problème de fond provient de la difficulté d'établir une ligne politique claire dans un cadre où coexistent nombre d'intérêts composites (Section 1).

Ce premier aspect constitue le point de départ d'une seconde hypothèse sur les causes de la technicisation contemporaine du droit de la concurrence. Entre les mains de la Commission, la rhétorique technicienne constitue le moyen privilégié d'orientation la politique de la concurrence. Elle s'introduit dès l'origine du traité de Rome et se donne à voir aujourd'hui par référence à «*l'analyse économique*». En réalité, cet économisme grandissant prend racine dans des considérations politiques et non pas scientifiques: elle est le reflet d'un mode technocratique d'exercice du pouvoir<sup>7</sup>. Ainsi, admettre que coexistent plusieurs idéologies au sein du droit européen, c'est encore admettre que la référence à «*l'analyse économique*» n'est pas plus légitime qu'une autre au contenu qu'il convient d'assigner à la politique de concurrence<sup>8</sup> (Section 2).

### ***Section 1: La protection du marché comme moyen de justifier et d'accroître la compétence des interprètes***

Au sortir de l'échec de la Communauté européenne de défense, le rapport Spaak puis les conférences de Messine et Val Duchesse, proposent d'orienter la construction européenne dans le sens de la création d'un marché commun<sup>9</sup>. La réalisation de cet idéal politique se traduit entre autres, par l'édition de dispositions juridiques censées garantir l'exercice d'une concurrence non faussée au niveau européen. Si elle se heurte aux réserves de la France, l'exercice d'une libre concurrence est en revanche largement soutenu par l'Allemagne. C'est

---

<sup>7</sup> On retiendra du concept de «technocratie» la définition qu'en donne la sociologie politique, c'est-à-dire en substance, la «*dissociation entre la compétence et le pouvoir*». V. J-P. BUFFELAN, *Introduction à la sociologie politique*, Masson et Cie, 1969, p.140-149; J-M. DENQUIN, *Science politique*, 3<sup>e</sup> ed. 1991, p.37-47; M. CINI, *European Union Politics*, Oxford univ Press, 2003; V. DUBOIS, D. DULONG (dir.), *La question technocratique. De l'invention d'une figure aux transformations de l'action publique*, Strasbourg, PUS, 1999. L'hypothèse de stratégie technocratique évoquée ne réduit nullement de façon générale le discours de la Commission à un discours technocratique. V. en ce sens: J. JOANA, A. SMITH, *Les Commissaires européens. Technocrates, diplomates ou politiques?* Presses de Sciences Po, 2002. Il s'agit simplement de souligner que l'interprétation du droit de la concurrence fait, pour sa part, l'objet d'une stratégie technocratique par les interprètes qui la mettent en œuvre.

<sup>8</sup> M. A. EISNER, *Antitrust and the triumph of economics: institutions, expertise, and policy change*, University of North Carolina Press, 1991.

<sup>9</sup> La délégation allemande, grâce à ses principaux négociateurs, Von der Groeben et Muller-Armarck, deux ordolibéraux, parvient à obtenir l'insertion d'articles en matière de droit de la concurrence. *Archives Historiques des Communautés européennes*, CM3/NEGO 236 M du 21 avr.1956, Extrait du rapport Spaak.

essentiellement la Commission, aidée par la Cour, qui va chercher à lui donner un contenu moins labile par référence à la protection du marché. La protection du marché par le droit de la concurrence s'alimente en effet d'une inspiration ordolibérale<sup>10</sup> manifeste; elle se nourrit aussi de nombreux principes issus de la concurrence déloyale, principalement dans l'application de l'article 85 du traité de Rome de même que des prescriptions structuralistes utilisées outre-Atlantique<sup>11</sup> (§1). Ces différentes influences intellectuelles permettent à la Commission et à la Cour de se servir de la protection du marché pour réaliser le marché commun. Sur ces bases, le droit européen applique une politique de concurrence vigoureuse ayant pour finalité de réduire les entraves aux échanges susceptibles d'émaner tant des entreprises privées que des mesures étatiques (§2).

### **Paragraphe 1: «L'orthodoxie» du traité comme justification de la protection du marché commun**

La naissance du droit européen de la concurrence est profondément marquée par l'influence ordolibérale: le marché doit être protégé contre lui-même. Ce qui signifie qu'il doit être libéré autant des entraves de nature étatique que de celles issues d'entreprises privées. Propre aux ordolibéraux, cet idéal préside à réalisation du marché commun tel que l'envisage alors la Commission. Il satisfait autant les intérêts de la Cour que d'une coalition d'États membres, de fonctionnaires ou d'entreprises, favorables à la mise en œuvre d'un droit de la concurrence dont le but est de faciliter les échanges à l'échelle européenne. Par conséquent, la protection du marché commun est une valeur qui influe fortement sur la jurisprudence de la Cour de justice jusqu'à la fin des années quatre-vingt (A). Du point de vue des interprètes, elle constitue le tremplin émancipateur de l'influence des intérêts nationaux. C'est ce que tente du reste d'imposer la Cour dans les premières années de sa jurisprudence: autonomie, mise en place d'un cadre procédural et effet direct de l'article 85 (B).

---

<sup>10</sup> L'ordolibéralisme est un courant intellectuel qui naît durant la Seconde Guerre mondiale et qui prône, à la différence des courants néolibéraux classiques, une intervention forte de l'Etat contre les entreprises privées dans le but de lutter à la fois contre les monopoles publics et privés. Sur ce courant, v. 2<sup>nd</sup> partie. On peut toutefois se reporter pour plus de précisions à F. BILGER, *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, LGDJ, 1964.

<sup>11</sup> L'école structuraliste, encore appelée école de Harvard, prescrit, en matière de politique de concurrence, un ensemble de propositions qui visent à maintenir autant que faire se peut, une forme de pluralisme concurrentiel. Sur ce courant v. aussi 2<sup>nd</sup> partie.

## A- Genèse du genre technocratique: retour sur le contexte de la naissance du droit européen de la concurrence

Par souci de clarté, il convient d'exposer les débats de forme qui ont précédé l'adoption des principales dispositions matérielles d'application (a), avant d'aborder sur le fond, les points de vue proposés pour son application ainsi que les antagonismes qui en ont résulté (b). Car c'est précisément de cette manière que s'est élaboré le droit européen de la concurrence: sur le désaccord des États, les institutions de l'Union en ont défini la substance.

### a) La difficile mise en œuvre d'un cadre normatif et procédural

La prise en compte du droit de la concurrence par le traité de Rome a engendré des affrontements idéologiques majeurs. Lors de sa signature en 1957, les principales dispositions qui en constituent le cœur (ententes, positions dominantes) sont à peine connues des systèmes juridiques nationaux des six états membres. Hormis la France et les Pays-Bas qui connaissent un embryon de législation sur les ententes et dont l'application reste très éloignée du droit contemporain de la concurrence, aucun pays signataire ne partage une «culture de concurrence» commune<sup>12</sup>. En France, la législation se résume pour l'essentiel aux articles 419 du Code pénal et 1382 du Code civil<sup>13</sup>. L'interprétation de la première disposition emprunte largement aux valeurs du «*juste commerce*». La Cour de cassation examine toute entente susceptible de fausser les opérations commerciales à l'aune de la «*libre et naturelle concurrence*»<sup>14</sup>. Il en est de même de l'article 1382. Ainsi que l'indique Claude Champaud, la qualification de comportement «déloyal» est intimement liée à une «déontologie des usages du commerce»<sup>15</sup>. Dans le même ordre d'idée, l'entente<sup>16</sup> se définit comme «*une variété de*

---

<sup>12</sup> Il s'agit en France, de l'article 419 du Code Pénal, v. sur ce point, C. CHAMPAUD, «Les sources du droit de la concurrence au regard du droit commercial et des autres branches du droit applicable en France», in *Mélanges en l'honneur de R. Houin*, Dalloz/Sirey, 1985, p.61-107. M-A. FRISON-ROCHE, «Les principes originels de la concurrence déloyale et du parasitisme», *RJDA*, 1994, n°6, p.483. Par ailleurs, la Belgique et l'Italie, demandent, sur requête des milieux d'affaires, qu'un temps de transition soit accordé avant la mise en œuvre du droit de la concurrence surtout s'agissant de l'article 86. Les pays du Bénélux ainsi que l'Allemagne soutiennent une position contraire, v., M. MONTALBAN, S. RAMIREZ-PEREZ, «EU Competition Policy Revisited: Economic doctrines within European Political Work», *Biannual conference of society for Advanced Economics*, Paris, 16-18 juil.2009, p.17.

<sup>13</sup> Il sera par la suite adjoint à l'article 419 du Code Pénal, l'ordonnance du 30 juin.1945, n°45.1483 pour qui seule l'entente et l'abus de position dominante qui ne contribuent pas au progrès économique demeurent répréhensibles.

<sup>14</sup> C. Champaud, *op.cit.*, p.71.

<sup>15</sup> C. Champaud, *op.cit.*, p.97-98, l'auteur affirme: «*C'est très exactement ce que traduit la formule de la Cour d'appel de Lyon inspirée de Paul Roubier qui définit l'acte de concurrence déloyale comme celui qui est*

*groupement de commerçants, caractérisé par une volonté commune et un but précis: limiter et organiser la concurrence qu'ils pouvaient se faire entre eux*<sup>17</sup>. Dans ce tableau, l'Allemagne fait figure d'exception<sup>18</sup>. C'est à la faveur de l'accès au pouvoir des ordolibéraux dès 1957 qu'elle se dote en effet d'un nouveau corps de règles en droit de la concurrence. Élaboré sur des bases théoriques ordolibérales, ce corpus inspire les premières applications des articles 85 et 86 du traité de Rome<sup>19</sup>. Les débats se concentrent dans un premier temps, sur les prérogatives de la Commission en cette matière.

Alors que la délégation allemande suggère, pour l'application de l'article 85, un régime d'autorisation administrative strict, la délégation française penche au contraire pour un système d'exception légale. Au final, ni les positions françaises ni celles allemandes ne sont entérinées. L'examen de ces questions est simplement renvoyé à une date ultérieure. L'étape de Rome laisse donc en suspens l'essentiel, à savoir la mise en œuvre de la politique de concurrence prévue aux articles 85 et 86. Or ces deux dispositions doivent entrer en vigueur après application effective du traité, dans un délai de trois ans. À l'initiative de la Commission, de nouvelles négociations s'engagent qui visent à l'adoption de dispositions procédurales permettant d'appliquer lesdits articles. En plaçant le débat sur le terrain procédural, la stratégie de la Commission est de se retrancher derrière la technique juridique.

Le règlement 17/62 est finalement adopté le 6 février 1962<sup>20</sup>. Il est publié le 21. Texte consensuel, son principal apport fait dépendre le bénéfice du paragraphe 3 de l'article 85 d'une décision préalable et exclusive de la Commission. Sur ce point essentiel, le Conseil délègue un certain nombre de prérogatives nécessaires à la mise en œuvre du droit de la concurrence<sup>21</sup>: pouvoir d'enquête, de sanction, coopération avec les États membres, etc. Le président du groupe «concurrence», Hans Von der Groeben, obtient que le champ

---

*contraire à la loyauté commerciale telle que la déterminent et la conçoivent «les usages établis» et les milieux honnêtes du commerce».*

<sup>16</sup> Le doyen Ripert entrevoyait déjà ce problème lié à la définition de l'entente lorsqu'il était question d'en systématiser la catégorie. Pour lui comme pour d'autres auteurs, on ne pouvait légiférer sur les ententes parce qu'il était impossible de classer ces dernières dans une définition juridiquement rigoureuse, in A. CHATRIOT, «Les ententes: débats juridiques et dispositifs législatifs (1923-1953)», *HES*, n°1, mars 2008, p.12.

<sup>17</sup> J-B. BLAISE, «Une construction inachevée: le droit français des ententes et des positions dominantes», in *Mel. R. Roblot, Aspects actuels du droit commercial français*, LGDJ, 1984, p.159-180.

<sup>18</sup> D. SWANN, *Competition and Industrial Policy in European Community*, London, 1983.

<sup>19</sup> Les ordolibéraux représentent alors pour le gouvernement américain un allié sûr dans l'idée de doter l'Allemagne et à terme, les autres pays de l'Europe de l'Ouest, d'une législation anticoncurrentielle dans le cadre de l'OECE, ancêtre de l'OCDE. Pour les américains, cette nécessité résulte de ce qu'ils attribuent l'origine du Nazisme à la capacité industrielle des Konzerns, vastes cartels ayant pour but d'organiser la production dans différents secteurs économiques. V. sur cette question: T. WITSCHKE, «The first antitrust law in Europe, success or failure? Origins and application of Merger control Policy of the High Authority of Coal and Steel Community, 1950-1963», *EBHA Conference, Business and Knowledge*, July, 2001, p.2-31.

<sup>20</sup> Règlement CEE, n°17, JO, n° 13 du 21 févr.1962 p. 204 -211.

<sup>21</sup> Règlement 17/62, *op.cit*, article 24.

d'application de l'article 85 soit élargi à nombre d'activités marchandes. Par conséquent, le règlement 17/62 confère à la Commission un large pouvoir discrétionnaire dans l'application de la politique de concurrence puisqu'elle peut soit autoriser soit encore interdire un accord anticoncurrentiel. Ces différents acquis constituent une première victoire majeure pour l'autorité administrative.

Mais le règlement 17/62 est rapidement victime de son succès: la massification des demandes de notification et les difficultés d'interprétation qu'il engendre pour les entreprises ne tardent pas à assaillir les services de la Commission. Peu nombreux, disposant de peu de moyens, les agents sont vite débordés par l'affluence de demande de notification d'accords<sup>22</sup>. Cet afflux de notifications va paralyser pour longtemps l'activisme de Bruxelles bien que les textes lui octroient en théorie de larges pouvoirs<sup>23</sup>. De plus, il reste à définir sur cet acquis procédural une politique de concurrence consensuelle ce qui est encore loin d'être évident. Cela étant, le règlement 17/62 demeure sans conteste une étape majeure de l'orientation de la politique de concurrence par Bruxelles. Von der Groeben opte à cet égard pour une stratégie technocratique.

#### b) La stratégie de la Commission face à l'hétérogénéité des intérêts nationaux

Les antagonismes entre la France et l'Allemagne quant à l'orientation de la politique de concurrence ont été jusqu'ici esquissés brièvement. Il convient maintenant d'y revenir de façon plus détaillée. Lors des négociations du traité de Rome, la France tente de modérer sur ses choix industriels nationaux l'effet des dispositions de l'Union en matière de droit de la concurrence. La délégation française estime que l'application de l'article 85 devrait se limiter à des secteurs d'activités économiques bien circonscrits. Du côté français en effet, la constitution de cartels nationaux ne pose pas systématiquement problème. Elle se justifie au contraire, en ce qu'elle est parfois source de compétitivité nationale par rapport à la concurrence étrangère<sup>24</sup>. Cette thèse commande que les pouvoirs de la Commission soient limités à la répression des cartels nationaux les plus protectionnistes. Pour le reste, la Commission doit simplement assumer une «coordination» globale des différentes politiques industrielles nationales de façon à les rendre plus compatibles.

---

<sup>22</sup> L. WARLOUZET, «Europe de la concurrence et politique industrielle communautaire: la naissance d'une opposition au sein de la CEE dans les années soixante», *HES*, n°1, mars 2008, p.47-61; L. WARLOUZET, *Quelle Europe économique pour la France? La France et le Marché Commun industriel (1956-1969)*, Thèse, Paris IV, 2007.

<sup>23</sup> L. WARLOUZET, *op.cit.*

<sup>24</sup> L. WARLOUZET, *op.cit.*, p.66.

La position française, qui pourrait paraître aujourd'hui caricaturale au regard d'une économie standard, est alors sous-tendue par des arguments de poids<sup>25</sup>. Des économistes éminents comme Gide s'opposent en effet à l'idée que l'état de concurrence pure et parfaite puisse naturellement conduire vers la baisse des prix. Pour cet auteur, l'opposition concurrence/monopole n'est que relative: «*Les inconvénients de la concentration sont, en revanche, très sensiblement amoindris dans le cas des cartels ou des trusts réalisés par fédération mais non centralisation (...)*»<sup>26</sup>. De même, les ententes ne sont nocives que si elles sont de nature «offensives». Autrement dit, si elles tendent à éliminer toute forme de concurrence; elles peuvent en revanche n'être que «défensives»: en d'autres termes, n'empêcher que l'exercice d'une concurrence destructrice. Cette dernière forme n'est répréhensible que pour autant qu'elle s'institutionnalise par le biais de structures fédérées qui entrent en contradiction avec «*la conception coopérative du fonctionnement de l'activité économique*»<sup>27</sup>.

Sur ces bases, un projet Flandin/Marchandeaup propose, dès la fin des années vingt, d'adapter la législation des ententes à l'évolution de l'économie et surtout à la crise internationale que connaît le capitalisme d'entre deux guerres. Ce projet vise à justifier la constitution de «cartels» de crise. Les débats sur cette question associent juristes, patronat, hommes politiques, et syndicats; ils se déroulent au Conseil national économique (CNE) ou encore à la société d'études législatives<sup>28</sup>. Comme l'affirme Kipping à ce sujet: «*Le sort des différentes propositions ne dépendit pas en premier lieu de leur effet positif sur l'économie, mais plutôt des positions adoptées par les pouvoirs publics, les partis politiques, les industriels et leurs organisations professionnelles et du poids relatif de chacun d'eux dans le*

---

<sup>25</sup> De nombreux pays européens partagent aussi le même point de vue, v. en ce sens: D. SWANN, *Competition and Industrial Policy in European Community*, op.cit.

<sup>26</sup> R. ARENA, «Structures industrielles et concentration économiques: les antécédents historicistes et institutionnaliste de l'économie industrielle», in R. ARENA, L. BENZONI, et.al, *Traité d'économie industrielle*, Paris, Economica, 1991, p.22-54. Pour un exposé juridique et économique de cette position: D. LAZARD, *Les ententes économiques imposées ou contrôlées par l'Etat entre entreprises similaires publiques ou privées, essai de synthèse*, Thèse, Paris, Librairie du «Recueil Sirey», 1937; E. DUSSAUZE, *L'Etat et les ententes industrielles*, Thèse, Paris, Librairie technique et économique, 1938.

<sup>27</sup> R. ARENA, «Structures industrielles et concentration économique: les antécédents historicistes et institutionnalistes de l'économie industrielle», in *Traité d'économie industrielle*, p.22-54, op.cit.

<sup>28</sup> A. CHATRIOT, «Les ententes: débats juridiques et dispositifs législatifs (1923-1953)», *HES*, n°1, mars 2008, p. 8-22; A. CHATRIOT, *La démocratie sociale à la Française, L'expérience du Conseil National Economique, 1924-1940*, La Découverte, 2003. Le consensus sur l'institutionnalisation des cartels ne se limitait pas à la France. Il est caractéristique, dans les pays industrialisés, d'une période qui va la fin de la Première Guerre mondiale à la fin de la Seconde. L'Allemagne, l'Italie, la Grande-Bretagne ou même les Etats-Unis durant la période du New Deal organisent généralement leur économie par l'instauration de cartels dans de nombreux secteurs économiques: G. AMATO, *Antitrust and The Bounds of Power, The Dilemma of Liberal Democracy in the History of Market*, Hart Publishing, Oxford, U.K, 1997, p.39-40; W. WYATTS, *Antitrust and the formation of the post-war period*, Columbia univ Press, 2002, p.4-26.

*processus de décision*»<sup>29</sup>. C'est dire d'où vient la position que défend le gouvernement français en matière de politique de concurrence<sup>30</sup>. Elle émane sans conteste d'un consensus idéologique entre juristes, économistes, industriels, syndicats ou hommes politiques sur l'orientation de la politique industrielle<sup>31</sup>. La répression des ententes n'est, en ce sens, pas envisagée de la même façon que le gouvernement allemand.

À la différence de la position française, les officiels Allemands sont largement favorables à une politique de concurrence vigoureuse<sup>32</sup>. Acquis aux idées ordolibérales, le ministre de l'Économie Erhard souhaite attribuer à la Commission, sur le modèle du Bundeskartellamt, un vaste ensemble de compétences. L'idée est de déléguer à une autorité administrative, indépendante de toute influence politique, un large pouvoir de contrôle sur les ententes. Une politique de concurrence active, axée sur un organe institutionnellement indépendant constitue, pour les Allemands, un gage de sécurité d'ouverture des marchés européens à la concurrence. Elle institue la contrainte par laquelle, à l'échelle du marché commun, les États à tendance protectionniste (France, Italie) ne pourront plus soustraire leurs

---

<sup>29</sup> A. CHATRIOT, *op.cit.*, p.21.

<sup>30</sup> Une nuance s'impose toutefois dans la mesure où les négociations entamées à Messine et Val Duchesse, montrent parfois le décalage entre les officiels français et leurs milieux d'affaires qui voient dans l'article 86, le moyen idéal de contrer, dans le cadre du marché commun, l'implantation et la concurrence des industries américaines, v. en ce sens, S. RAMIREZ-PEREZ, «Antitrust ou Anti-US? L'industrie automobile européennes et les origines de la politique de concurrence de la CEE», in E. BUISSIÈRE, M. DUMOULIN, *et.al*, *Europe organisée europe du libre marché, Bruxelles*, PIE, Peter Lang (ed), p.203-207.

<sup>31</sup> Pour une illustration de ce point de vue: J. TOUTEE, «Les ententes professionnelles», *Études et documents*, 1960, p.161-181; Y. MORVAN, «La politique industrielle française depuis la libération: quarante années d'interventions et d'ambiguïtés», *REI*, 1983, n°23, 19-35. On peut se reporter aussi à l'article de F-P. WEBER et F. JENNY qui expose les positions économiques qui s'opposent à la mise en œuvre du droit de la concurrence in «La politique française de concurrence: nouvelles données et nouveaux problèmes», *REI*, 1978, vol.3, n°1, p.44-47. Les auteurs affirment, s'agissant de l'opportunité d'une politique de concurrence en France: «Pour ce qui est de la France, il faut noter que l'exiguïté du marché français, face aux contraintes technologiques, risque de rendre impossible le fonctionnement d'une concurrence efficace dans certains secteurs d'activités, en raison de coûts décroissants (la sidérurgie, par exemple, ou le verre). Il faut noter également que la politique des pouvoirs publics en matière industrielle, a toujours été ambiguë, et que le Premier Ministre a réaffirmé, lors de l'inauguration de la Commission, la volonté de ne pas se laisser guider en ce domaine par l'optique concurrentialiste.» Pour un exposé des différences allemandes et françaises: J. ZIJLSTRA, *Politique économique et problèmes de la concurrence dans la CEE et dans les pays membres de la CEE*, Série concurrence, Bruxelles, 1966, p.29.

<sup>32</sup> Remarquons que le gouvernement allemand n'a pas toujours maintenu ce type de position. Lors de la négociation des articles 65 et 66 du Traité de Paris sur le droit de la concurrence, la délégation ouest-allemande était largement défavorable à l'adoption d'une législation antitrust. À l'inverse, la délégation française y était largement favorable. Cette contradiction s'explique aisément par des raisons politiques: au sortir de la guerre, les entreprises françaises d'acier dépendaient largement pour l'approvisionnement de ce dernier matériau, du bassin de la Ruhr. D'un point de vue politique, le gouvernement français avait conditionné la signature du traité CECA au processus de décartellisation totale des anciens Konzerns allemands. Ceci fait, les pays signataires du traité se sont par la suite entendus pour interpréter dans un sens plus «modeste» les dispositions de l'article 66 (portant sur les concentrations). Cet état de fait juridique arrangeait l'ensemble des pays signataires: l'Allemagne bénéficiait d'un «sursis» pour réhabiliter l'ensemble de son tissu industriel dévasté de même que la France et l'ensemble des autres pays européens signataires v. T. WITSCHKE., «The First antitrust Law in Europe: Success or failure?Origins and application of merger control Policy of the High Authority of Coal and Steel Community, 1950-1963», *EBHA op.cit.*, 2001, p. 2-31.

marchés nationaux au libre jeu de la concurrence. À l'évidence, les positions allemandes et françaises s'opposent sur le contenu d'une politique de concurrence européenne.

Devant ces antagonismes, la Commission, dans le but d'obtenir un consensus, opte pour une stratégie technocratique: elle fait passer les problèmes que soulève le droit de la concurrence pour des problèmes d'experts. Le président du groupe «concurrence» et ses collaborateurs nouent pour ce faire des contacts étroits avec les autorités antitrust américaines. Par ce biais, ils instituent un réseau d'experts, juristes, économistes spécialistes du droit de la concurrence<sup>33</sup>. Ce réseau puise à la fois dans les droits nationaux (voir par exemple le cas du mémorandum de la Commission de 1966) et dans le droit antitrust américain<sup>34</sup>. Afin d'emporter la conviction des États membres dans l'application des articles 85 et 86, Von der Groeben procède en deux temps: il associe d'abord l'ensemble des représentants des États membres pour tout sujet important relevant de la politique de concurrence. Dans un second temps, la Commission fait en sorte que les questions traitées le soient exclusivement sous un angle «technique».

De cette façon, la Commission parvient à isoler la position française qui, à chaque fois qu'elle aborde la politique de concurrence, l'intègre dans une vision plus large de politique industrielle en y mêlant des prérogatives régaliennes. La stratégie du groupe concurrence présente donc un double attrait: d'une part, elle associe les États membres au processus décisionnel de la Commission; ces derniers ne peuvent donc se plaindre de ce que la Commission décide seule. D'autre part, en présentant les questions relatives à la politique de concurrence sous un angle exclusivement «technique», la Commission réussit à se débarrasser de toute forme d'objection éventuelle, stigmatisée comme «politique». La politique de concurrence devient dès lors affaire de normes et, dans une moindre mesure, de politique économique. Pour contrecarrer la position française, la Commission dispose au surplus du soutien d'autres institutions: Parlement, Cour de Justice, Conseil économique, et social.

---

<sup>33</sup> L. WARLOUZET, «At the core of European power: the origins of competition policy (1957-1964)», in *The making and unmaking of the European Union: Fifty-five years of crabwalk? Second History of European integration Research Society (HEIRS) conference*, Portsmouth, 4-5 november.2005, p. 65-74.

<sup>34</sup> W. Hallstein garde par exemple avec les autorités américaines, des liens très forts sur le plan de la politique de concurrence dominée alors par les théories structuralistes. Tel est aussi le cas du chef de cabinet de H. Von der Groeben alors responsable du groupe «concurrence», E. Albrecht ou de P. Verloren van Themaat, directeur général de la concurrence. Par ailleurs, Hallstein maintient le contact avec de nombreux professeurs allemands résidant aux États-Unis spécialistes des questions de politique de concurrence, Sur cette question: B. LEUCHT, K. SEIDEL, «Du traité de Paris au règlement 17/62: ruptures et continuités dans la politique européenne de la concurrence, 1950-1962, *HES*, n°1, 2008, p. 35-46; B. LEUCHT, «Transatlantic Policy networks in the creation of first anti-Trust law: between american anti-trust and German ordo-Liberalism», in W. KAISER, B. LEUCHT, *et.al, The History of European Union: Origins of Trans and Supranational polity, 1950-1972*, London, Routledge, 2008, p.56-73.



L'opposition française reste cependant flexible aux marchandages politiques: si la France concède aux Allemands l'adoption d'un corps de règles en droit de la concurrence, c'est à la condition que l'Allemagne soutienne en retour la Politique agricole commune<sup>35</sup>. Il convient d'indiquer lors des négociations que la délégation française ne mesure pas encore pleinement l'importance que sont susceptibles de prendre en matière de politique industrielle les articles 85 et 86 du traité de Rome. De plus, L'intérêt qu'accordent les ordolibéraux au droit de la concurrence est sinon méconnu du moins largement sous-estimé<sup>36</sup>. Il reste qu'une césure s'opère rapidement entre les six États fondateurs autour de la conciliation entre politique de concurrence et politique industrielle.

Dès le milieu des années soixante en effet, les entreprises européennes font face à une concurrence de plus en plus agressive des industries américaines et japonaises. Certains États avancent qu'il est nécessaire de constituer, au niveau européen, des structures industrielles fortes capables de faire face au «défi américain» quitte pour cela à faire entorse aux règles de concurrence.<sup>37</sup> Ce discours emporte des partisans au sein de la Commission<sup>38</sup>. Forte du soutien franco-italien, une coalition, menée par R. Marjolin, fait front à la coalition allemande, laquelle n'entend pas déroger aux principes de protection du marché qui animent la politique de concurrence.

Dans le but de concilier ces deux approches, la Commission publie en 1966 un mémorandum sur la concentration économique, suivi, en 1967, d'un mémorandum sur la politique industrielle<sup>39</sup>. Ainsi le président du groupe «concurrence» est-il très tôt confronté à

---

<sup>35</sup> K. SEIDEL, «DG IV and the origins of a supranational competition policy establishing an economic constitution for Europe», in W. KAISER, B. LEUCHT, *et.al*, *The History of European Union: Origins of Trans and Supranational polity, 1950-1972*, London, Routledge, 2008, p.129-147.

<sup>36</sup> L. WARLOUZET, *op.cit*, p.70-71. À en croire l'auteur, la délégation française pensait que le droit de la concurrence n'était alors qu'un problème purement américain ou à la limite germano-américain et qu'il ne pouvait être en aucun cas transposé à l'ensemble des États membres. Les représentants français semblaient convaincus du bien-fondé de leur modèle économique national qui, selon eux, devait servir de base à la politique de concurrence au niveau européen. Le débat sur la politique de concurrence ne pouvait donc se situer, pour la France, sur le terrain d'une quelconque délégation de pouvoir en faveur de la Commission. De même, pour les représentants français, le modèle européen de concurrence n'était pas compatible au modèle national puisque d'une part l'économie française reposait sur un large contrôle administratif des prix et, que d'autre part, l'État et les entreprises entretenaient des relations très étroites. On comprend pourquoi, lors des négociations du traité de Rome, les représentants français n'ont pas perçu les enjeux posés par le droit de la concurrence. Cela explique aussi pourquoi la mise en œuvre du règlement 17/62 a posé tant de problèmes dans ses débuts: les États n'y étaient tout simplement pas préparés parce qu'ils n'en avaient pas encore pris la mesure.

<sup>37</sup> L. WARLOUZET, «At the core of core of European power: the origins of competition policy», *op.cit*, p.53.

<sup>38</sup> Il s'agit notamment des services de la DG II et III, in L. WARLOUZET, *op.cit*, p.55.

<sup>39</sup> Mémorandum de la Commission, *Le problème de la concentration dans le marché Commun*, Série concurrence, Etudes série concurrence, n°3, Bruxelles, 1966, p.21-26; *RTDE*, 1966, p.651-677; Mémorandum sur la politique industrielle de la Communauté, Sect (67) 1201, Bruxelles, 4 juil.1967, p.4-11. En même temps que paraît le mémorandum de la Commission de 1966, est édité la même année, un résumé du rapport d'expert qui a servi de base à la rédaction du mémorandum de la Commission de 1966. Ont participé un certain nombre de professeurs spécialistes en droit de la concurrence, en droit des sociétés et en droit fiscal. Coordiné par le

l'acceptation de compromis politiques<sup>40</sup>. Il doit faire face tant aux États membres hostiles aux pouvoirs de la Commission, qu'aux intérêts industriels nationaux de même qu'à l'opposition de services concurrents du groupe «concurrence». En dépit de ces contraintes, Von der Groeben définit devant le Parlement européen, les grandes lignes d'une politique de concurrence axée sur la protection du marché commun. Cette politique s'axe autour d'un double objectif: la réalisation du marché commun d'une part, et, d'autre part, la promotion de la compétitivité internationale des entreprises européennes<sup>41</sup>.

Von der Groeben suggère en ce sens d'étendre l'application de l'article 86 au contrôle des concentrations. En d'autres termes, une entreprise en position dominante serait susceptible de tomber sous le régime de l'article 86, parce qu'elle acquiert les actifs et la propriété d'une entreprise concurrente<sup>42</sup>. L'article 85 a quant à lui pour objectif de sanctionner les accords dont les effets entravent les échanges au niveau européen<sup>43</sup>. Même à supposer que la restriction pourrait avoir des effets «positifs» sur la concurrence, elle doit être interdite. En substance, la politique de concurrence s'attache en priorité à protéger le marché commun d'entraves de toute nature, qu'elles soient publiques ou privées. Elle a aussi pour finalité de sauvegarder un pluralisme concurrentiel. L'importance accordée aux petites et moyennes entreprises est représentative de cette dernière considération<sup>44</sup>. Aussi, la politique de concurrence telle que définie par Von der Groeben, s'orientent-elle dans une direction opposée du volontarisme industriel prôné par certains États. Mais, bien que manifeste, l'opposition entre politique industrielle et politique de concurrence reste nuancée. D'abord parce que dans

---

professeur et ancien ministre néerlandais J. Zijlstra, le mémorandum comprend les contributions des professeurs Duquesne de la Vinelle pour la Belgique et le Luxembourg, Möller pour l'Allemagne, Houssiaux pour la France Hartog pour les Pays-Bas, et Bernini pour l'Italie: J. ZIJLSTRA, *Politique économique et problèmes de la concurrence dans la CEE et dans les pays membres de la CEE*, Etudes, Série concurrence, n°2, Bruxelles 1966.

<sup>40</sup> C'est ainsi qu'en matière automobile par exemple, des contraintes politiques (lobbies de l'automobile, association de consommateurs, Etats membres) et plus particulièrement de politique industrielle ont conduit la Commission, par le règlement 123/85, à exempter des règles de concurrence, les accords de distribution automobile.

<sup>41</sup> «La politique de la concurrence, partie intégrante de la politique économique dans le marché commun», *Discours prononcé devant le Parlement européen à Strasbourg le 16 juin. 1965, par H. Von der Groeben président du groupe concurrence*, RTDE, 1965, p.400. Von der Groeben parle en ce sens de créer un «ordre économique», ce qui n'est pas sans rappeler le vocabulaire ordolibéral. Il affirme aussi: «Un ordre économique ne s'établit pas de lui-même, mais seulement par un aménagement de l'ordre juridique de la concurrence qui est caractérisé par une multitude de règles et de pratiques. La politique de concurrence ne signifie pas le déchaînement d'une lutte effrénée de tous contre tous, mais la fixation de normes juridiques, afin de rendre possible et de préserver une concurrence praticable et de protéger les entreprises contre la concurrence déloyale».

<sup>42</sup> V. en ce sens, CJCE 21 févr.1973, *Continental Can Company c/ Commission*, aff. C-6/72, Rec, p.215

<sup>43</sup> *La politique de la concurrence, partie intégrante de la politique économique*, op.cit, p.404-405.

<sup>44</sup> *La politique de la concurrence, partie intégrante de la politique économique*, op.cit, p.408.

un premier temps, seul l'article 85 est reconnu d'effet direct<sup>45</sup>. Ensuite parce que les concentrations, en ce qu'elles échappent encore à la Commission, permettent aux entreprises de contourner aisément la rigueur de la politique européenne de concurrence. Enfin, nombre d'infractions passent inaperçues en raison des difficultés engendrées par le mécanisme de centralisation du règlement 17/62<sup>46</sup>.

Comme l'indiquent les différents rapports et mémorandums initiés par la Commission, l'idéologie de protection du marché est influencée autant par la théorie structuraliste, l'ordolibéralisme, l'institutionnalisme que le droit des sociétés et de la propriété<sup>47</sup>. Le mémorandum, qui porte sur le problème de la concentration dans le marché commun, indique en ce sens: «*Une concurrence efficace permettra aux consommateurs, dont elle relèvera le niveau de vie, de participer équitablement aux profits résultant du progrès économique. Le progrès économique ne doit toutefois pas devenir une fin en soi et il doit s'accompagner du progrès social*»<sup>48</sup>. Le paradigme de la concurrence pure et parfaite permet à cet égard, d'«*ériger en norme de politique économique*», la rivalité active entre concurrents<sup>49</sup>. Il convient, pour réaliser cet objectif politique, de mettre en œuvre: «*(...) des critères simples et utilisables, même si cela implique une certaine généralité ne tenant pas suffisamment compte d'un certain cas ou d'un certain aspect de la question*»<sup>50</sup>. Conformément donc aux idéologies ordolibérales et structuralistes<sup>51</sup>, la politique de concurrence doit s'attacher à restaurer la différence d'égalité concurrentielle entre grandes et petites entreprises.

Sous ce rapport, «l'entente» se définit comme «*(...) un accord entre entreprises restant autonomes en vue d'un comportement déterminé sur le marché*». La «concentration»

---

<sup>45</sup> Ce qui ne permet pas à la Commission de disposer pleinement des instruments nécessaires pour mener à bien sa politique. Plus encore, la Commission se focalise pendant longtemps sur les ententes verticales. Les cartels horizontaux peuvent quant à eux, fonctionner en toute impunité: D. G. GOYDER, *EC Competition Law*, 3<sup>e</sup> ed. Oxford, 1998.

<sup>46</sup> La centralisation du §3 de l'article 85 est aussi un moyen pour les entreprises de faire obstacle aux actions engagées devant les juridictions et les autorités nationales de la concurrence. Administrativement engorgée, la Commission ne peut valablement détecter nombre d'infractions aux règles de concurrence. In *Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du traité CE*, 1999/C 132/01, J.O du 15 mai.1999, pt.6

<sup>47</sup> Mémorandum de la Commission de la Communauté européenne: *Le problème de la concentration dans le marché commun*, Bruxelles 1966, CEE, Etudes, Série concurrence, n°3, 1966, RTDE, 1966, p.651-677. Cette position de la Commission sera reprise dans le *Neuvième Rapport général sur l'activité de la Communauté 1<sup>er</sup> avril 1965- 31 mars 1966*, publié en juin 1966, p.90-92; J. ZIJLSTRA, *Politique économique et problèmes de la concurrence dans la CEE et dans les pays membres de la CEE*, Etudes, série concurrence, n°2, Bruxelles 1966, p.51; J. ZIJLSTRA, *Politique économique et problèmes de la concurrence dans la CEE et dans les pays membres de la CEE*, op.cit, p.52-53. Il s'agit principalement de la théorie des pouvoirs compensateurs ou «countervailing power» développée par Galbraith dans son ouvrage, *American Capitalism. The Concept of Countervailing Power*, London, Hamish/Hamilton, 1952.

<sup>48</sup> Mémorandum, op.cit, p. 632.

<sup>49</sup> J. ZIJLSTRA, op.cit, p.53.

<sup>50</sup> J. ZIJLSTRA, op. cit, p.53.

<sup>51</sup> Mémorandum, op.cit, p.633.

implique quant à elle de considérer la perte d'autonomie économique. Entre les deux catégories, la différence tient dans le régime de la propriété: si l'entente contraint d'adopter un certain comportement, la concentration modifie «*la structure interne des entreprises*»<sup>52</sup>. La position dominante s'entend de son côté, comme la faculté d'adopter un comportement indépendant par rapport à d'autres concurrents<sup>53</sup>. L'abus résulte par conséquent de comportements qui n'entrent pas dans le cadre d'une concurrence standard: «*De l'avis du groupe, il faut admettre qu'il y a exploitation abusive d'une position dominante lorsque le détenteur de cette position utilise les possibilités qui en découlent pour obtenir des avantages qu'il n'obtiendrait pas en cas de concurrence praticable et suffisamment efficace*»<sup>54</sup>. L'abus se caractérise également par l'atteinte à la concurrence au moyen des prix, la violation du libre consentement d'une entreprise ou encore une discrimination entre partenaires commerciaux.

Soutenus par une coalition favorable à la protection du marché, les ordolibéraux parviennent donc à imposer leurs vues sur la politique de concurrence<sup>55</sup>. Von der Groeben bénéficie à ce titre de l'appui du président de la Commission, Walter Hallstein, lui-même ordolibéral convaincu<sup>56</sup>. Mais ce succès repose sur des bases fragiles. Pour justifier l'application d'une politique de concurrence vigoureuse, les ordolibéraux sont contraints de s'allier aux idéologies outre-Atlantique alors dominantes en matière de politique de concurrence (structuralistes et institutionnalistes). De plus, Von der Groeben est contraint de marchander avec ses détracteurs. La France obtient ainsi un certain nombre de concessions

---

<sup>52</sup> Mémorandum, *op.cit.*, p.669. Le mémorandum ajoute cependant: «(...) les limites sont fuyantes, de sorte qu'il n'est pas possible de dire avec précision, dans l'abstrait, où est la frontière entre l'entente et la concentration». Pour un point de vue similaire, R. RODIERE, *Le droit des sociétés dans ses rapports avec la concentration*, Etudes, Série Concurrence, n°5, Commission des Communautés Européennes, 1967, p.9-99. De son côté le rapport Zijlstra précise que: «(...) La notion de concentration d'entreprise, au regard de l'applicabilité des articles 85 et 86, est entendue au même sens que dans les remarques liminaires de la partie II. D'après celle-ci, les formes les plus importantes de concentration d'entreprises sont: la participation de société dans d'autres sociétés, l'acquisition totale ou partielle de l'actif d'autres entreprises et la fusion de deux ou plusieurs sociétés juridiquement indépendantes en une société nouvelle. En règle générale, le processus de concentration se présente sous la forme d'une acquisition de propriété ou, en cas de fusion par exemple, d'une modification dans les rapports de propriété des entreprises.»

<sup>53</sup> CJCE, 14 févr.1978, *United Brands c/Commission*, aff.27/76, Rec.1978, p.207, pt.65. Le rapport ajoute: *Les causes de l'existence d'une position dominante peuvent tenir à la production, à la distribution ou à la puissance financière. C'est pourquoi il faut toujours tenir compte de l'évolution du marché et considérer l'entreprise dans le contexte de ses relations économiques. C'est ainsi qu'en règle générale l'entreprise qui est le «priceleader» dans un oligopole devrait être en position dominante sur le marché*», Mémorandum, *op.cit.*, p.675.

<sup>54</sup> Mémorandum, *op.cit.*, p.670.

<sup>55</sup> Au plan interne national cependant, l'application du droit allemand de la concurrence a exclu dès le départ certains secteurs économiques (marché des facteurs de production, marchés agricoles, charbon, acier, énergie, transports, construction de logements, marché de service du secteur tertiaire et de l'artisanat), in J. ZIJLSTRA, *Politique économique et problèmes de la concurrence dans la CEE et dans les pays membres de la CEE*, Etudes, Série concurrence, n°2, Bruxelles 1966, p.11.

<sup>56</sup> M. SCHÖNWAL, «Walter Hallstein et les institutions des communautés européennes», in *Le couple France-Allemagne et les institutions européennes*, M-T. BITSCH (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2001, p.151-168.

dans la rédaction des articles 85 et 86<sup>57</sup>. Dans ce contexte où la Commission se retranche derrière les normes, la Cour oscille entre d'un côté l'affirmation d'une politique vigoureuse par la protection du marché et, de l'autre, une position parfois plus souple selon les circonstances. Priorité est donnée à l'autonomie du droit européen qui cherche, à travers le marché commun, à se démarquer quelque peu de l'influence intellectuelle ordolibérale tout en maintenant ses distances vis-à-vis des intérêts nationaux concurrents. La Cour navigue entre les différents courants idéologiques qui traversent en ce sens la politique de concurrence.

#### B- La protection du marché comme justification de la politique de concurrence

L'autonomie institutionnelle de la Commission, soutenue par la Cour (a), passe par la consolidation de l'interprétation des articles 85 et 86 du traité de Rome (b). Pour autant, le droit européen ne fait pas l'objet d'une application uniforme tant s'en faut (c).

##### a) L'autonomie du droit de la concurrence par la réalisation du marché commun

Comme l'illustre l'arrière-plan qui préside à la jurisprudence de la Cour, la politique de concurrence est le lieu d'affrontements idéologiques multiples. Dans son rôle d'interprète du Traité, la Cour de justice fait preuve d'opportunisme: en apportant son soutien à la protection du marché, elle consolide d'autant sa compétence. L'autorité des traités est mobilisée à cette fin. Aussi la Cour mesure-t-elle très tôt l'intérêt de se poser en défenseur du marché commun. La jurisprudence *Bosch* précise de ce fait les modalités d'application du règlement 17/62. Cette disposition n'est pas, de toute évidence, sans soulever de questions sur la sécurité juridique des entreprises. Ces dernières craignent en effet une application rétroactive aux accords antérieurs à l'article 85. D'un autre côté, la Cour ne peut ignorer d'un point de vue administratif que la Commission est débordée par le flux de notification d'accords susceptibles de tomber sous le coup du §3 de l'article 85<sup>58</sup>. À considérer que le règlement n° 17 prend effet courant 1962, à quel régime juridique soumettre les accords antérieurs qui tombent sous l'empire de l'article 85§3, mais qui, pour autant, n'ont pas encore

---

<sup>57</sup> La délégation française obtient, contrairement aux souhaits des Allemands, que toute position dominante ne soit pas systématiquement jugée illégale, raison pour laquelle un certain nombre de pratiques illégales sont explicitement mentionnées à l'article 86 a), b), c), d). Il en est de même de l'article 85 qui précise la qualification d'entente de même que les dérogations qui lui sont admissibles du §3: M. MONTALBAN, S. RAMIREZ-PEREZ, «EU Competition Policy Revisited: Economic doctrines within European Political Work», *op.cit.*, p.19.

<sup>58</sup> M. CINI, L. Mc GOWAN, *Competition Policy in the European Union*, 2<sup>nd</sup> ed. 2009, p.19-20.

fait l'objet de décision administrative? Y a-t-il lieu de les déclarer nuls de plein droit conformément à l'interprétation suggérée lors des négociations du règlement 17/62, par la délégation allemande?

Se démarquant de cette dernière position, la Cour juge, sous réserve d'une décision ultérieure de la Commission, l'accord régulièrement notifié, valable *a priori*<sup>59</sup>. Plus important encore, l'article 85 est interprété en ce qu'il s'applique à tout accord ayant pour objet une interdiction d'exportation. La jurisprudence *Bosch* vient pallier de ce fait, nombre d'attentes des milieux d'affaires. Elle confirme le monopole de la Commission sur l'article 85§3 sans que cette dernière ait à crouler sous le poids des tâches administratives au regard du règlement 17/62<sup>60</sup>. Mais plusieurs interrogations supplémentaires demeurent: selon les mots de l'avocat général Roemer «*Que faut-il comprendre sous le terme d'accords entre entreprises? Quand peut-on dire que des conventions ont pour objet ou pour effet de porter atteinte à la concurrence? Comment faut-il comprendre l'expression «susceptible d'affecter le commerce entre les États membres?»*»<sup>61</sup>.

Au terme d'une décision *DRU-Blondel*<sup>62</sup>, la Commission apprécie à ce titre les effets d'un accord sur la liberté contractuelle des parties au regard de l'article 85. L'accord stipule que l'entreprise *D.R.U* concède de façon exclusive aux Etablissements Blondel la distribution de ses articles en France: à l'exclusion d'autres concurrents, seuls les Etablissements Blondel ont la possibilité de s'approvisionner chez *D.R.U*. La Commission estime cet accord contraire à l'article 85. Outre qu'il limite le commerce entre États membres, il a pour effet de restreindre les exportations. La Commission confronte en ce sens, par un classique contrôle de proportionnalité, la finalité de l'accord à l'objectif de réalisation du marché commun. À la suite de quoi, l'accord litigieux est déclaré contraire à l'article 85<sup>63</sup>. Encore fallait-il que cette

---

<sup>59</sup> CJCE, 6 avr.1962, *Bosch c/ Commission*, aff.13/61, Rec. p.89, note A. Françon, *JDI*, 1963, p.390-401; note F-C. Jeantet, *JCP G*, 1962, II-12726; note A. Le Tarnec, *Gaz. Pal*, 1962, III, Doct. P.44-48; note M. Waelbroeck, «Le problème de la validité des ententes économiques dans le droit privé du marché commun», *Rev. Critique de dt. Int. Privé*, 1962, p.415-443.

<sup>60</sup> Dans le but de remédier à ce problème, la Commission initie un règlement d'exemption par catégorie d'accord, Règlement n°19/65 du 2 mars.1965, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3, JO, L 36 du 6 mars.1965

<sup>61</sup> Conclusions de l'avocat général K. Roemer présentées le 23 mars.1966, sous l'arrêt CJCE, 30 juin.1966, *L.T.M c/M.B.U*, aff.56/65, Rec.1966, p.337, note L. Focsaneanu, *RMC*, 1966, p.862-870; note J. Rideau, *D*, 1966, p.671-674; v. sur cette question, A. ANDRE, «Evidence before the European Court of Justice, With special reference to the Grundig/Consten Decision», *CMLR*, 1967, p.35-49.

<sup>62</sup> Déc. Commission, 8 juil. 1965, *D.R.U/ Blondel*, 65/366/CEE, JO, n°131 du 17 juil. 1965, p.2194. Pour un raisonnement du même ordre: Déc. Commission, 23 sept. 1964, *Consten c/ Grundig*, 64/566/CEE, JO, n°161 du 20 oct.1964, p.2545; Déc. Commission, 17 sept.1965, *Hummel-Isbecque*, 65/426/CEE, JO, n°156 du 23 sept. 1965

<sup>63</sup> Le raisonnement est confirmé par un ensemble de décisions ultérieures: Déc. Commission, 17 déc.1965, *Jallate- Hans Voss- Ets Vandeputte*, 66/5/CEE, JO n°3 du 6 janv. 1966, p.37; Déc. Commission, 5 mai.1969, *Convention Chauffourniers*, 69/152/CEE, JO n° L 122 du 22 mai 1969, p.8

dernière interprétation de la Commission puisse être validée par la Cour, ce que confirme l'arrêt fondateur *Grundig*.

La société allemande *Grundig* a conclu avec la société française *Consten*, un contrat au terme duquel la seconde obtient l'exclusivité de l'importation sur le territoire français, des produits de la première. En contrepartie, *Consten* s'engage à ne pas vendre d'appareils *Grundig* hors de la zone géographique d'exclusivité qui lui est concédée par *Grundig*. À partir de 1960, nombre d'entreprises françaises dont *l'U.N.E.F*, décident d'acheter à des revendeurs allemands, des appareils *Grundig* pour lesquels *Consten* bénéficie pourtant, au regard du contrat, d'une exclusivité géographique. S'estimant lésée, *Consten* intente alors contre *l'U.N.E.F* une action en concurrence déloyale pour violation de la clause d'exclusivité signée avec *Grundig*. En réponse, la défenderesse saisit la Commission dans le but de faire constater la nullité de l'accord entre *Grundig* et *Consten*. Conformément au raisonnement formulé dans la décision *DRU-Blondel*, la Cour annule pour violation de l'article 85, l'accord liant *Consten* à *Grundig*. Au cœur du litige se joue l'interprétation de la catégorie «d'accord».

*Grundig*, requérante dans cette affaire, soutient que le champ d'application de l'article 85 se limite aux ententes «horizontales». À l'appui de la requérante, le gouvernement italien ajoute qu'il n'est pas possible de ranger les accords d'exclusivité dans la catégorie d'accord entre «entreprises» au sens de l'article 85. Cet argument s'appuie sur le fait que les entreprises parties à un accord d'exclusivité ne sont pas sur un même pied d'égalité. Le gouvernement allemand argue de son côté, d'une violation de forme substantielle de la décision rendue par la Commission. Ces différents moyens sont tour à tour rejetés par la Cour<sup>64</sup>. Le raisonnement est aussi simple qu'efficace: le juge n'a pas à distinguer là où le traité ne distingue pas.

En réponse au gouvernement italien, la Cour interprète l'expression «accord entre entreprises» de façon large, comme signifiant que celles-ci ne doivent pas nécessairement être sur un même pied d'égalité. Le critère d'illégalité d'un accord s'entend de tout accord «(...) susceptible de mettre en cause, soit de manière directe ou indirecte, soit actuellement soit potentiellement, la liberté du commerce entre États membres dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation du marché unique entre États». À partir de ce standard, la Cour juge l'accord litigieux contraire aux dispositions de l'article 85, précisément, en ce qu'il empêche d'autres entreprises concurrentes d'importer en France des produits *Grundig*.

---

<sup>64</sup> Un arrêt du même jour confirme la jurisprudence *Consten*, CJCE 13 juil.1966, *Rép. Italienne c/ Conseil et Commission de la CEE*, aff. 32/65, Rec.1966, p.563, v. conclusions K. Roemer qui détaillent le champ d'application de l'article 85, Rec. *op.cit.*, p.563.

Ce faisant, la violation de l'article 85§1 est admise par référence à l'invocation de principes généraux<sup>65</sup> tels que la «*limitation à la liberté du commerce*», ou encore la violation du «*principe de la liberté de la concurrence*»<sup>66</sup>. La jurisprudence *Consten* pose de ce fait les jalons de l'autonomie du droit européen de la concurrence. En premier lieu, la Cour pose une interprétation extensive de l'article 85. Elle confirme ce faisant le champ d'application étendu dont est susceptible de bénéficier le droit européen. En second lieu, le raisonnement ne fait aucunement appel à une grille de lecture économique: la légalité concurrentielle est essentiellement appréciée à l'aune de la «*liberté de commerce entre États membres*»<sup>67</sup>. Autrement dit sous l'angle de la garantie octroyée à des entreprises concurrentes, d'accéder, sans restriction aucune, à l'ensemble des marchés nationaux qui composent la communauté. Là-dessus, le droit de la concurrence complète celui des libertés de circulation. Certes, la jurisprudence ainsi que la pratique décisionnelle mettent parfois en évidence une analyse minutieuse d'un contexte présenté comme «économique», mais sans plus<sup>68</sup>.

Il n'en demeure pas moins que la jurisprudence *Consten* suscite de nouvelles interrogations. Notamment celles de savoir si l'ensemble des accords d'exclusivité doivent systématiquement être jugés illégaux au regard de l'article 85§1 du Traité de Rome. En même temps qu'il précise le critère d'applicabilité du droit européen<sup>69</sup>, l'arrêt *L.T.M c/ M.B.U* apporte une réponse: tout accord d'exclusivité n'est pas nécessairement contraire à l'article 85§1; seuls ceux qui restreignent de façon «substantielle» la réalisation du marché commun

<sup>65</sup> Sur cette question: L. FOCSANEANU, *La Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes en matière de Concurrence*, ed. Techniques et Economiques, Paris, 1977, p.13-25.

<sup>66</sup> CJCE 13 juil. 1966, *Consten c/ Grundig*, aff. 56 et 58/64, Rec. 1966 p. 429, note L. Focsaneanu, *RMC*, 1966, p.862-870; note F-C. Jeantet, *JCP G*, 1966, I, 2029; note, G. Le Tallec, *RTDE*, 1966, p.611-622.

<sup>67</sup> Le principe est aussi repris dans une Décision de la Commission du 17 juil.1968, *ACEC-Berliet*, JO, n°L 201 du 12 août 1968, p.7. La Commission emploie parfois aussi l'expression «liberté d'exportation», Déc. Commission, 6 nov.1968, *Cobelaz-usine de synthèse*, 68/374/CEE, JO, n° L 276 du 14 nov. 1968, p.13; Déc. Commission, 6 nov.1968, *Cobelaz-Cokeries*, 68/375/ CEE, JO, n° L 276 du 14 nov. 1968, p.19; Déc. Commission, 6 nov.1968, *C.F.A.*, 68/377/CEE, JO, n° L 276 du 14 nov. 1968, p.29; Déc. Commission, 30 juin. 1969, *SEIFA*, 69/216/CEE, JO, n° L 173 du 15 juil. 1969, p.8

<sup>68</sup> V. conclusions K. Roemer sous l'arrêt *L.T.M c/M.B.U*, *op.cit* et conclusions présentées le 27 avr.1966 sous l'arrêt *Consten c/ Grundig*, Rec.1966, p.429. Remarquons que l'expression «analyse des effets» s'entend d'une analyse «concrète» donc factuelle très poussée qui nécessite parfois le recours aux parts de marchés, mais sans plus. Aucun modèle n'est invoqué à l'appui de ce qu'il est convenu d'appeler «l'analyse des effets». Et ce, en dépit de ce que pourraient laisser penser certaines conclusions «*En réalité, l'article 85, paragraphe 1, exige une comparaison entre deux situations de marché: celle qui se présente après la conclusion d'un accord, et celle qui se serait développée en l'absence de l'accord. Cet examen concret peut faire ressortir qu'il n'est pas possible à un producteur de trouver des débouchés sur une partie déterminée du marché, s'il ne concentre pas l'offre dans les mains d'un concessionnaire unique. Cela signifierait que, dans une situation déterminée, un accord de distribution exclusive n'a que des effets de nature à promouvoir la concurrence.*» Sur cette question: J.J. A. ELLIS, «L'interprétation du mot «affecter» dans l'article 85§1<sup>er</sup> du traité de la Communauté économique européenne par rapport aux mots «empêcher», «restreindre», ou «fausser le jeu de la concurrence», *D.*, 1963, chron. p.221.

<sup>69</sup> Dans le même sens: CJCE, 9 juil. 1969, *Franz Völk c/ Ets J. Vervaecke*, aff.5/69, Rec. 1969, p.295, note J. Van Damme, *CDE*, 1970, p.63-87.



sont susceptibles d'être appréhendés par cette disposition<sup>70</sup>. Ce nouvel arrêt vient apporter des tempéraments à la jurisprudence *Consten*: une application rigoureuse de l'article 85 aux accords d'exclusivité reviendrait à pénaliser non seulement les grandes firmes, mais aussi les entreprises plus modestes, qui ne disposent parfois que de cette seule possibilité pour pénétrer le marché d'un État membre. Afin de faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises au marché commun<sup>71</sup>, un règlement rend inapplicable l'article 85§1 aux accords d'exclusivité de vente, d'achat ou de vente et d'achat auxquels ne participent que deux entreprises<sup>72</sup>. Une communication du 27 mai 1970 précise en ce sens que les «*accords d'importance mineure*» entre entreprises de production et de distribution de produits, remplissant certaines conditions échappent à l'article 85<sup>73</sup>. En définitive, force est de constater que la Cour affirme très tôt son soutien à la politique de la Commission.

#### b) La consolidation de l'édifice prétorien

La Cour conforte l'interprétation du règlement 17/62 et de l'article 85<sup>74</sup>: outre les contrats d'exclusivité, cette dernière disposition s'étend désormais aux brevets, aux marques, aux appellations d'origine et aux droits d'auteur<sup>75</sup>. Par le truchement de la notion «d'accord», la jurisprudence enracine une interprétation extensive de l'article 85: la qualification d'accord

---

<sup>70</sup> Conclusions K. Roemer arrêt *L.T.M c/ M.B.U*, *op.cit.*

<sup>71</sup> V. sur ce point, Déc. Commission, 27 juin.1967, *Transocean Marine Paint Association*, 67/545/CEE, JO n°163 du 20 juil. 1967, p.10; Déc. Commission, 13 mars.1969, *E.E.M.O*, 69/90/CEE, JO n° L 69 du 20 mars 1969, p.13

<sup>72</sup> Règlement n°67/67/CEE du 22 mars.1967, JOCE n°57 du 25 mars.1967. On peut se référer en outre, à la chronique de C. Champaud sur ce point, à la *RTDE*, 1968, n°4, p.795-798 et *RTDE* 1967, n°3, p.372-383.

<sup>73</sup> Communication du 27 mai.1970, JOCE, n°C64 du 2 juin. 1970, p.1. Pour une application de ce texte: Déc. Commission, 68/317/CEE du 17 juil.1968, *A.F.C.M.O*, JO, n°L-201 du 12. août 1968, p.1-3; Déc. Commission, 68/318/CEE du 17 juil.1968 *S.O.C.E.M.A.S.*, JO, n° L-201 du 12. août 1968, p.4; Déc. Commission, 17 juil.1968, *ACEC-Berliet*, 68/319/CEE, JO, n° L 201 du 12 août 1968, p.7. Par une communication du 2 juin 1970, la Commission va aussi préciser ce qu'elle entend par «effet sensible» s'agissant de l'atteinte à la concurrence: Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85 §1 du traité instituant la CEE, JO n° C 64, du 2 juin. 1970, p.1; JO, n° C313 du 29 déc. 1977, p.3

<sup>74</sup> CJCE 12 déc.1967, *SA Brasserie de Haecht c/ Wilkin Janseen*, aff. 23/67, Rec.1967, p.525, note B. Goldman, *JDI*; note R. Joliet, *Rev.critique de jdc belge*, p.146-165; CJCE 15 mars.1967, *S.A Cimenteries*, aff. 8 à 11/66, Rec. 1967, p.93; CJCE 9 juil.1969, *Franz Völk c/ Ets J. Vervaecke*, aff.5/69, Rec. 1969, p.295, note J. Van Damme, *CDE*, 1970, p.63-87; CJCE 9 juil.1969, *Portelange*, aff.10/69, Rec. 1969, p.309; CJCE 18 mars.1970, *Bilger Söhne c/ M. Jehle*, aff.43/69, Rec.1970, p.127; CJCE, 30 juin.1970, *Parfums Marcel Rochas*, aff.1/70, Rec.1970, p.515; CJCE 6 mai.1971, *Société anonyme Cadillon c/ Maschinenbau*, aff.1/71, Rec.1971, p.351, note R. Joliet, «Faut-il qu'une concession de vente exclusive soit ouverte ou fermée? Réflexions à propos de l'arrêt Cadillon de la Cour de justice des communautés européennes», *RTDE*, 1971, p.814-818.

<sup>75</sup> CJCE, 29. févr.1968, *Parke Davis*, aff.24/67, Rec.1968, p.81; CJCE 18 févr.1971, *Sierna S.r.l c/ Eda S.r.l et autres*, aff. 40/70, Rec.1971, p.69, note, J. Hartmut, *RTDE*, 1973; note R. Joliet, P. Delsaux, *CDE*, 1985, p.381-401; CJCE 8 juin.1971, *Deutsche Grammophon c/ MetroGmbH*, aff.78/70, Rec, 1971, p.487

englobe aussi bien les relations verticales que les *Gentleman's agreements*<sup>76</sup>, dès lors qu'il est possible d'en déduire une volonté commune<sup>77</sup>. Sur un autre front, la jurisprudence *Walt Wilhem* rappelle la primauté du droit de l'Union sur les droits nationaux: l'application parallèle des droits nationaux ne peut d'aucune façon porter «*préjudice à l'application uniforme des règles communautaires en matière d'entente et du plein effet des actes pris en vertu de ces règles*»<sup>78</sup>. L'affaire met en cause sept entreprises sanctionnées par les autorités de concurrence allemandes. De façon parallèle, la Commission s'était saisie des mêmes infractions. La Cour juge que si la Commission doit tenir compte d'une décision qui émane d'une autorité nationale, ce n'est qu'à la condition que l'application uniforme des règles du traité n'en soit pas lésée. Si elle conforte la primauté et l'effectivité des règles européennes de concurrence, cette jurisprudence vise à prévenir les divergences nationales dans la mise en œuvre du droit de la concurrence.

Qu'en est-il de l'article 86? On l'a dit, la Cour a, dans un premier temps, donné priorité à l'article 85; l'article 86 n'est alors soulevé que comme un moyen subsidiaire<sup>79</sup>. La Cour, en effet, ne lui confère pas immédiatement d'effet direct. Elle s'y réfère plutôt de manière détournée. Viole par conséquent les articles 85 et 86, un groupe d'entreprises en position dominante qui impose à ses détaillants, des prix de revente qui varient sensiblement selon les États membres. Pour parvenir à une telle conclusion, la Cour identifie d'abord, au sein d'une relation contractuelle, un lien de dépendance: une entreprise exerce sur son cocontractant un pouvoir de coercition. Ce fait établi, la Cour apprécie alors si l'entreprise dominante fait un usage abusif de ce pouvoir de coercition. Dans l'affirmative, un tel comportement sera qualifié «d'abusif»: «*(...) cet accord doit être examiné sous divers aspects. (Rappelons d'abord qu'il paraît s'agir d'un accord conclu entre une société mère et une société qui se trouve sous sa dépendance) la société Polydor est tenue d'observer les instructions et de subir le contrôle de sa société mère (...) lequel est subordonné au respect de*

---

<sup>76</sup> CJCE, 15 juil.1970, *Quinine*, aff.41, 44 et 45/69, Rec.1970, p.661; conclusions de l'avocat général J. Gand, Rec. *op.cit.*, p.661; Déc. Commission, 16 juil.1969, *Entente internationale de la Quinine*, 69/240/CEE, JO, n° L 192 du 5 août.1969, p.5. Plus récemment: TPICE, 11 déc.2003, *Minoan Lines*, Rec.2003, p.II-5515, pt.207.

<sup>77</sup> CJCE, 25 nov.1971, *Beguelin*, aff. 27/71, Rec. 1971, p.949; CJCE, 8 juin.1971, *Deutsche Grammophon*, aff.78/70, Rec. 1971, p.487; Déc. Commission, 18 juin. 1969, *Christiani & Nielsen*, 69/195/CEE, JO, n° L 165 du 5 juil. 1969, p.12

<sup>78</sup> CJCE, 13 févr.1969, *Walt Wilhem c/ Budenskartellamt*, aff.14/68, Rec. 1969, p.1, note F-C. Jeantet, *JDI*, 1970, p.447-455.

<sup>79</sup> CJCE 18 févr.1971, *Sierna S.r.l c/ Eda S.r.l et autres*; CJCE 8 juin.1971, *Deutsche Grammophon c/ Metro GmbH*, aff.78/70, Rec., 1971, p.487; CJCE 13 juil.1966, *Consten c/ Grundig*, aff. 56 et 58/64, Rec. 1966 p.429, *op.cit.*

*prix imposés*»<sup>80</sup>. Proche de l'abus de dépendance économique utilisé en droit allemand, un raisonnement analogue figure dans une décision *GEMA*<sup>81</sup>. La Commission sanctionne la gestion de droits d'auteur, en ce qu'elle aboutit à violer la «*liberté économique*» des adhérents de la *GEMA*<sup>82</sup>. Interprète authentique du traité, la Cour apporte largement son appui à la Commission. Elle est aidée amplement dans cette tâche par les juges nationaux.

### c) Rôle des juges nationaux

Le droit de la concurrence est avant tout pensé par les interprètes européens comme un moyen privilégié d'intégration du marché commun<sup>83</sup>. Les écrits doctrinaux mettent l'accent sur l'analyse juridique du système du contrôle des ententes et des positions dominantes, voire sur les rapports qu'entretiennent les droits nationaux avec le droit européen<sup>84</sup>. Dans ce système, les juges nationaux jouent un rôle important dans la mesure où ils alimentent la jurisprudence par le biais de questions préjudicielles<sup>85</sup>. Les juridictions françaises ne sont pas étrangères à ce phénomène<sup>86</sup>. Si certaines apposent une lecture civiliste

---

<sup>80</sup> CJCE 18 févr.1971, *Sierna S.r.l c/ Eda S.r.l et autres*; CJCE 8 juin. 1971, *Deutsche Grammophon c/ Metro GmbH*, aff.78/70, Rec., 1971, p.487, note R. Kovar, *JDI*, 1972, p.715-718; conclusions de l'avocat général K. Roemer, in *Le droit de la concurrence dans la CEE, T.II*, (dir.) J.A. Van DAMME, Bruges, De Tempel, Tempelhof, 1975, p.809-827.

<sup>81</sup> Déc. Commission, 2 juin.1971, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE, IV/26760 *GEMA*, *RTDE* n°1, 1971, p.526. La Commission mentionne expressément le terme d'«abus de dépendance économique», texte reproduit à la *RTDE*, *op.cit.*, 1971, p.538.

<sup>82</sup> *Rapport Commission CEE sur la politique de la concurrence*, 1972, p.75-76.

<sup>83</sup> CJCE, 30 juin.1966, *L.T.M c/M.B.U*, aff. 56/65, Rec.1966, p.337, *op.cit.*

<sup>84</sup> N. CATALANO, «Rapports entre les règles de concurrence établies par le traité et les législations des Etats membres», *RIDC*, 1963, p.269; J.J.A. ELLIS, «Les règles de concurrence du Traité de Rome applicable aux entreprises», *RTDE*, 1963, p.299-328; O. LOY, «L'application en France du droit communautaire de la concurrence», *RTDE*, 1980, p.438.

<sup>85</sup> J. H. WEILER, «Une révolution tranquille. La CJCE et ses interlocuteurs», *Politix*, 1995, vol.8.n°32, p.119-138. Sur le rôle des juges nationaux dans l'élaboration du droit européen: O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire: contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2001.

<sup>86</sup> Par ex: Cass.com, 8 mai.1972, *Gaz. Pal.*, 1973, p.659; L. FOCSANEANU, *La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes en matière de Concurrence*, *op.cit.*, p.13-25; J.J.A. ELLIS, «Les règles de concurrence du Traité de Rome applicables aux entreprises», *RTDE*, 1963, p.299-328; J-B. BLAISE, *Le statut juridique des ententes économiques en France et dans les Etats de la CEE*, Librairies Techniques, Paris, 1964, p.67-99; I. TORLEY-DUVEL, «Signification du mot «entreprise» au sens de l'article 85 du traité CEE à propos de l'accord entre sociétés-mères et filiales et filiales entre elles», *RTDE*, 1966, p.400-409; J. SCHAPIRA, «L'art. 85 du traité de Rome devant la Cour de Justice des Communautés Européennes», *JDI*, 1967, n°2, p.323-356; R. RODIERE, *Le droit des sociétés dans ses rapports avec la concentration*, Etudes, Série concurrence, n°5, 1967, p.9-99; M. CABRILLAC, «Le juge en présence de problèmes économiques en droit commercial français», in *Travaux Association Capitant, Le rôle du juge en présence de problèmes économiques*, T.XXII, 1970, p.152-166; A. BIENAYME, «L'application de l'article 86 du Traité de Rome dans la décision «Continental Can Company», *RTDE*, 1971, p.65-75; J-Y. GUYENOT, *Le régime juridique des ententes économiques et des concentrations d'entreprises dans le marché commun*, LGDJ, 1971, p.67-120; P. PADIS, «Evolution de la politique de la concurrence et du droit des contrats en Europe», *Gaz. Pal.* 1971, p.189; R. LECOURT, «La concurrence devant le juge», *Gaz. Pal.*, 1973, p.741-748; M. GUERIN, J. VANDAMME, *La réglementation de*

ou commercialiste à l'interprétation des clauses d'exclusivité du droit des marques ou du droit des contrats, elles demeurent familières du raisonnement de la Cour. En ce sens, l'intérêt supérieur du marché commun prime sur la liberté contractuelle. Sans doute, est-ce la raison pour laquelle le droit de la concurrence est encore rangé dans le droit des affaires ou le droit commercial<sup>87</sup>. On parle à cet égard de droit économique, non pour y attacher un sens affilié au discours des économistes: en réalité, l'expression acte du fait que les articles 85 et 86 font davantage appel à une analyse factuelle détaillée ainsi qu'à un mode d'interprétation téléologique<sup>88</sup>.

Dans le sillage de la Cour de cassation, un jugement du Tribunal de grande instance de Castres indique «*la nécessité de l'examen concret de la situation dans laquelle l'entente incriminée est intervenue par reconstitution du contexte économique et juridique au vu duquel les parties ont conclu cet accord (...)*»<sup>89</sup>. Mais l'interprétation du droit de la concurrence n'est pas toujours homogène loin de là. En témoigne ce jugement pour le moins singulier. Une société productrice de goudrons et de bitume reproche, sur le fondement de cette disposition, à *Gaz de France*, l'exploitation d'une usine concurrente; elle soutient que ce comportement a pour conséquence de restreindre le développement de ses parts de marché. Le tribunal de

---

*la concurrence dans la CEE*, Paris, PUF, 1974; B. GOLDMAN, *Droit commercial européen*, 3<sup>e</sup> ed. Paris, Dalloz, «Précis», 1975.

<sup>87</sup> On le remarque dans la plupart des revues de cette période. Les décisions de la Cour sont généralement commentées soit dans des revues à dominante privatistes (Revue Trimestrielle de Droit Commercial, Revue de droit Rural, Gazette du Palais) soit encore dans des revues de droit international ou européen (RTDE, RMC, RDI). Les mélanges en l'honneur du professeur Roblot sont une illustration topique de cette affirmation: il est consacré au droit de la concurrence des études que l'on range dans la rubrique «commerce». V. en ce sens: *Aspects actuels du droit commercial français. Mélanges en l'honneur de R. Roblot*, LGDJ, 1984; J-B. BLAISE fait d'ailleurs remarquer que: «(...) le droit de la concurrence, sans racines profondes dans le système juridique français, a pu longtemps passer pour une branche quelque peu obscure du droit. Faisant appel à des concepts économiques mal connus, il semblait être condamné à rester un droit des spécialistes.», in *Mélanges. R. Roblot, Aspects actuels du droit commercial français*, LGDJ, 1984, p.159-180.

<sup>88</sup> Par ex, en ce qui concerne l'article 85§3, Déc. Commission, *CEMATEX*, 24 sept.1971, IV/181, JOCE n°L 27/26 du 18 oct. 1971; Déc. Commission, *Entente internationale de la quinine*, 16 juil.1969, IV/26-263, JO, n° L 192/5 du 5 août. 1969; Déc. Commission, *Rabais de la Communauté d'intérêts des fabricants allemands de carreaux de céramiques de revêtement et de pavement*, IV/25107, JO, n°L 110/13 du 17 janv.1971; Déc. Commission, 11 mars.1964, *Grosfillex-Fillistorf*, 64/233/CEE, JO, n°58, du 9 avr. 1964, p.915; Déc. Commission 1<sup>er</sup> juin.1964, *Bendix-Mertens & Straet*, IV-64/344/CEE, JO, n°92 du 10 juin. 1964; Déc. Commission, 30 juil.1964, *Nicholas-Vitapro*, 64/502/CEE, JO, n°136 du 26 août. 1964, p.2287; Déc. Commission, 23 sept.1964, *Consten c/ Grundig*, 64/566/CEE, JO, n°161 du 20 oct.1964, p.2545; Déc. Commission, 22 oct.1964, *D.E.C.A.*, 64/599/CEE, JO n°173 du 31 oct. 1964, p.2761; Déc. Commission, 26 févr.1968, *Eurogypsum*, 68/128/CEE, JO, n° L 57 du 5 mars. 1968, p.9; Déc. Commission, 17 juil.1968, *ACFMO*, JO n°L 201 du 12 août 1968, p.1; Déc. Commission, 6 nov.1968, *Rieckerman- AEG-Elotherm*, JO, n° L 276 du 14 nov. 1968, p.25. Sur la question de l'interprétation du droit de la concurrence durant cette période: D. GERBER, «The transformation of European Community Competition Law?», *Harv. Int L. Journ*, vol.35, 1994, p.97-147.

<sup>89</sup> TGI Castres, *Castres Limouzy c/ Groupement lainier mazamétain*, *Gaz. Pal*, 18 oct. 1969, note Champaud, *RTDE*, 1970, p.488; Cass.com 28 janv.1975, *SEB*, n°73-10.601; Cass.com, 8 mai.1973, *Les Etablissements Garoche*, n°72-11.349; Cass.com, 25 mai.1974, *Grands Moulins Prod'homme*, n°73.11.785; Cass.com, 16 févr.1977, *Europe Décor*, n°74.10.494

commerce de Paris rejette les prétentions de la requérante. La juridiction estime que la loi de nationalisation n'interdit pas à *Gaz de France* de rentabiliser normalement les exploitations qui constituent l'annexe de son activité principale<sup>90</sup>. Rien, dans le raisonnement, ne diffère de la jurisprudence *Delansorme* du Conseil d'État<sup>91</sup>. Un autre jugement met en cause la position dominante de l'O.R.T.F. La *Fédération nationale des Cinémas Français*, requérante dans cette affaire, prétend que l'achat ainsi que la diffusion par l'organisme public de films à des producteurs extérieurs, est susceptible de violer les dispositions de l'article 86 du traité de Rome. Le Tribunal rejette ces prétentions au motif qu'«*attendu que l'article 86 vise, dans la mesure où le commerce entre les États membres est susceptible d'en être affecté, le fait d'exploiter abusivement une position dominante; qu'il ne peut être sérieusement allégué que la diffusion par l'O.R.T.F., par la voie des ondes, de films cinématographiques affecte le commerce entre États membres du marché commun; que cette condition de mise à l'application de l'interdiction de pratiques jugées abusives n'est donc pas remplie*»<sup>92</sup>.

Encore minoritaires, quelques auteurs appellent de leurs vœux à une interprétation fondée, à l'instar du droit antitrust, sur «*l'analyse économique*»<sup>93</sup>. La jurisprudence américaine s'inspire en effet massivement des prescriptions économiques de l'école d'Harvard. R. Joliet exprime à cet égard son regret que le droit européen fasse si peu appel aux catégories de «*l'analyse économique*». Il souligne en ce sens: «*Toute considération de droit comparé mis à part, l'arrêt Cadillon illustre le danger de se contenter dans le cadre du droit européen de la concurrence, de méthodes de raisonnement empruntées au droit privé traditionnel (en l'espèce un argument a fortiori) au lieu de s'attacher à une analyse économique des situations en cause*»<sup>94</sup>. L'argument éclaire d'un jour différent les débats sur la «modernisation» actuelle du droit de la concurrence: au nom d'une «*analyse économique*» présentée comme plus «concrète», il dénonce un «formalisme» juridique inadapté à un domaine par «essence» économique. Un argument du même ordre sera utilisé par la suite lors de la «réforme copernicienne» initiée par la Commission.

---

<sup>90</sup> Chronique C. Champaud, *RTDE*, 1968, n°4, p.804.

<sup>91</sup> CE, 18 déc.1959, *Delansorme*, Rec. 692

<sup>92</sup> TCom. Seine, 8 mars. 1965, *JCP G*, 1965, II. 14208, note G. Lyon-Caen.

<sup>93</sup> V. par ex: R. BARRE, «L'analyse économique au service de la science et de la politique économique», *Critique*, 1952, p.331; J. RUEFF, «La Cour et l'économie politique», in *Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 1965, p.13-30; P. Van OMMESCHLAGHE, «L'application des articles 85 et 86 du Traité de Rome aux fusions, aux groupes de sociétés et aux entreprises communes», *RTDE*, 1967, p.457-506; R. JOLIET, «Monopolisation et abus de position dominante, essai comparatif sur l'article 2 du Sherman Act et l'article 86 du traité de Rome», *RTDE*, 1969, n°4, p.645-696; H. SCHUMACHER, «Le système du droit de la concurrence», *RTDE*, 1971, p.40-52.

<sup>94</sup> R. Joliet, note sous l'arrêt Cadillon du 6 mai.1971, aff. 1/71, *RTDE*, n°3-4, 1971, p.809-818. Dans une même perspective comparée, v. aussi, G. Van HECKE, «Le droit anti-trust: aspects comparatifs et internationaux», *RCADI*, 1962, II, p.344.

## Paragraphe 2: La consolidation d'un registre technocratique

L'intermède qui s'achève avec la signature de l'Acte unique est, sans conteste, marqué par un activisme sans précédent de la Cour dans l'orientation de la politique de concurrence. L'importance des normes dans la politique de concurrence n'en est que mieux renforcée. Les chocs pétroliers successifs jettent en effet le doute sur l'idée du marché commun<sup>95</sup>. Face à la conjoncture, les États membres ont un réflexe protectionniste: chacun cherche à protéger son secteur industriel, quitte pour cela à sacrifier la réalisation du marché commun. Le contentieux du *prix de carburant* débattu devant la Cour en est l'exemple frappant de même que celui ayant trait au *prix du livre*<sup>96</sup>. La tendance à en revenir aux prix réglementés heurte de front le libre jeu de la concurrence et l'objectif de décloisonnement des échanges qu'entend garantir la Cour. Cette dernière s'implique très largement afin de faire respecter les dispositions du traité de Rome. L'activisme des juges du Luxembourg renforce par la même occasion les prérogatives de la Commission.

Alors qu'*a priori* rien ne pouvait l'orienter dans ce sens, le droit de la concurrence devient, entre les mains de la Cour, un instrument contre les législations nationales<sup>97</sup>. C'est là le sens profond de la jurisprudence *Inno*. L'arrêt *Continental Can* de son côté donne à la Commission les moyens d'amorcer avec les États membres des négociations en matière de contrôle des concentrations. Autant de signes par lesquels la Cour s'attache à préserver la

---

<sup>95</sup> B. OLIVI, A. GIACONE, *L'Europe difficile. Histoire politique de la construction européenne*, Gallimard, 1998, p.130-135.

<sup>96</sup> CJCE, 10 janv.1985, *Association des centres de distributeurs E. Leclerc et autres c/ SARL au Blé Vert et autres*, aff.C-229/83, Rec. 1985, p.1; CJCE, 29 janv.1985, *Henri Cullet et Chambre syndicale des réparateurs automobiles et détaillants de produits pétroliers c/ Centre Leclerc à Toulouse et Centre Leclerc à Saint-Orens-de-Gameville*, aff.C-231/83, Rec.1985, p.305; CJCE, 11 juil.1985, *SA Saint-Herblain distribution, Centre distributeur Leclerc et autres c/ Syndicat des libraires de Loire-Océan*, aff.C-299/83, Rec.1985, p.2515; CJCE, 25 sept.1985, *Procureur de la République c/ M. Leclerc*, aff. C-34/84, Rec. 1985, p.2915; CJCE, 25 sept.1985, *SA Établissements Piszko et autres c/ SA Dammarie Distribution "Centre Leclerc" et SA Carrefour Supermarché*, aff.C-114 et 115/84, Rec.1985, p.2961, note J-B. Blaise, *RTDE*, 1985, p.559-567; note J-L. Delvolvé, *Gaz. Pal*, III, Doct. p.473-478; note L. Dubouis, «La France face à l'Europe du livre et de l'essence», *RFDA*, 1985, p.289-298; note S. Hornsby, «Public and private resale price maintenance system in the publishing sector: The need for equal treatment», *Eur. L. Rev*, 1985, p.381-397; J. Mauro, *Gaz. Pal*, 1985, Doct. III, n°69-71, p.17; CJCE, 9 févr.1995, *Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec c/ TFI Publicité SA et M6 Publicité SA*, aff. C-412/93, Rec.1995, p.I-179

<sup>97</sup> CJCE, 16 nov.1977, *INNO-BM c/ATAB*, aff.C-13/77, Rec.1977, p.2115, note L. Focsaneanu, *RMC*, 1986, p.286-293. Pour une discussion sur «l'effet utile» dans la jurisprudence de la Cour: G. MARENCO, «Le Traité CEE interdit-il aux Etats membres de restreindre la concurrence?», *CDE*, 1986, p.285; M. WAELBROECK, «Les rapports entre les règles de libre circulation des marchandises et les règles de libre concurrence applicables aux entreprises de la CEE», in *Liber Amicorum P. Pescatore*, Baden-Baden, 1987, Nomos Verlagsgesellschaft, p.781-803.

réalisation du marché commun par la protection de la concurrence<sup>98</sup>. Les propos du commissaire Andriessen ne laissent aucun doute à ce sujet: la politique de la concurrence a pour objectif la réalisation du marché commun par la recherche de l'efficacité et le respect de la loyauté des échanges<sup>99</sup>. Avec l'aide de la DG IV, son successeur, P. Sutherland met en œuvre une stratégie qui s'appuie sur les arrêts de la Cour dans le but de renforcer les prérogatives de la Commission<sup>100</sup>.

Parallèlement, la Commission recourt de façon parcimonieuse au vocable économique dans l'interprétation des articles 85 et 86. À vrai dire, l'usage d'un tel vocable est déjà en germe dans les différents rapports commandés par la Commission sur l'interprétation des articles 85 et 86<sup>101</sup>. Elle s'alimente des liens qu'entretient Bruxelles avec les autorités antitrust américaines. Son utilisation est principalement motivée par des raisons d'opportunité politique: les concepts économiques étendent autant qu'ils sont susceptibles de justifier l'application du droit de la concurrence aux abus de position dominante ou aux pratiques concertées. La neutralité apparente dont jouit ce vocable consolide l'image d'un droit de la concurrence, droit apolitique par excellence.

Ce registre d'argumentation n'est toutefois pas sans inconvénient: une théorie consensuelle aujourd'hui peut ne plus l'être demain. Être en phase avec «*l'analyse économique*» dominante s'avère, dans ces conditions, indispensable si la Commission et la Cour ne veulent pas prendre le risque d'être stigmatisées. Toutes ces raisons expliquent la critique grandissante des fondements ordolibéraux et structuralistes de la politique européenne de concurrence qui s'amorce. Marqué par l'introduction parcimonieuse d'une terminologie économique, le discours des interprètes continue de faire largement usage de principes généraux. Ainsi, le contentieux de la Cour de Justice est-il encore dominé par celui des ententes (A). L'article 86, qui semble plus propice à l'introduction d'une terminologie économique est quant à lui peu invoqué. Et lorsque c'est le cas, le discours économique n'y est que très subsidiaire (B). Enfin, la Cour oriente, comme on l'a dit, l'interprétation des articles 85 et 86 dans le but de contrecarrer les effets anticoncurrentiels des législations nationales (C).

---

<sup>98</sup> W. MÖSCHEL, «La déconcentration: un instrument efficace de la politique de concurrence?», *RTDCom*, 1982, p.383-396.

<sup>99</sup> F.H.J.J. ANDRIESEN, *La politique de la concurrence de la CEE, Discours prononcé devant la Fédération des entreprises de Belgique*, 29 nov.1984; P. De SUTHERLAND, *Towards a positive competition policy future trends and actions*, 27 march.1985.

<sup>100</sup> L. MCGOWAN, M. CINI, «Discretion and politicization in EU competition policy», *Governance*, vol.12, n°2, 1999, p.175-200.

<sup>101</sup> V. §1 supra

## A- L'interprétation de l'article 85 ou la continuité de la jurisprudence *Consten*

La jurisprudence concilie orthodoxie et souplesse dans l'interprétation de l'article 85: si elle fait primer la réalisation du marché commun<sup>102</sup>, elle ne sanctionne pas automatiquement toute pratique d'entreprise<sup>103</sup>. L'expression «*concurrence praticable*» ou «*workable competition*» rappelle à ce titre que: «*La concurrence par le prix, pour importante qu'elle soit — de sorte qu'elle ne peut jamais être éliminée — ne constitue pas la seule forme efficace de concurrence ni celle à laquelle doit, en toutes circonstances, être accordée une priorité absolue (...)*»<sup>104</sup>. De son côté, l'arrêt *Guerlain* conforte le principe de primauté<sup>105</sup>. La notion «d'accord» enfin, fait l'objet d'une signification toujours plus extensive<sup>106</sup>: «*(...) il n'est pas indispensable, pour l'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE, qu'un accord se présente sous la forme d'une convention de droit privé, mais il suffit que l'une des parties s'engage volontairement à limiter sa liberté d'action à l'égard de l'autre*»<sup>107</sup>.

Sur l'ensemble de ces points, la Cour s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence *Consten*. L'affaire *Matières colorantes*<sup>108</sup> donne, pour la première fois à la Cour et la Commission, l'occasion de puiser dans le discours économique afin de justifier la qualification de «pratique concertée»<sup>109</sup>. S'il est fait appel au discours économique<sup>110</sup>, c'est

---

<sup>102</sup> CJCE, 14 févr.1978, *United Brands c/ Commission*, aff.27/76, Rec.1978, p.207, note C. W. Baden Fuller, «Article 86 EEC: Economic Analysis of existence of a dominant position», *Eur. L. Rev.*, 1979, p.423-441; note P. Delannay, *RTDE*, 1978, p.294-302.

<sup>103</sup> Déc. Commission, 12 déc.1978, *Céruse*, JOCE, n° L 21 du 30 janv.1979, p.16; Déc. Commission, 23 juil.1984, *Verre Plat Bénélux*, JOCE, n° L 212 du 8 août. 1984, p. 13; Déc. Commission, 6 août.1984, *Zinc Producer Group*, JOCE, n° L 220, du 17 août.1984

<sup>104</sup> CJCE, 25 oct.1977, *Metro c/ Commission*, aff.26/76, Rec. 1977, p.1875, pt.21.

<sup>105</sup> CJCE, 10 juil.1980, *Guerlain SA et autres*, aff.jtes, 253/78 et 3/79, Rec. 1980, p.2327

<sup>106</sup> Par ex: CJCE, 17 sept. 1985, *Ford Werke AG et Ford Europe Inc. c/ Commission*, aff.jtes, 25 et 26/84, Rec. 1985, p.2725; CJCE, 25 mars. 1981, *Coöperatieve Stremsel c/ Commission*, aff. 61/80, Rec. 1981, p.851; CJCE, 29 oct. 1980, *Heintz van Landewycke SARL et autres c/ Commission*, aff.jtes, 209 à 215 et 218/78, Rec. 1980, p.3125; Déc. Commission, 29 déc.1970, *Fabricants allemands de carreaux céramiques*, 71/23/CEE, JO, n° L 10 du 13 janv.1971, p.15; Déc. Commission, 1<sup>er</sup> févr.1971, *C.I.C.G.-ZVEI-ZPÜ*, 71/85/CEE, JO, n° L 34 du 11 févr. 1971, p.13; Déc. Commission, 24 sept.1971, *C.E.M.A.T.E.X.*, 71/337/CEE, JO, n° L227 du 8 oct. 1971, p.26; Déc. Commission, 20 oct.1972, *Chauffage Central*, 72/390/CEE, JO, n° L 264 du 23 nov.1972, p.22; Déc. Commission, 22 déc.1972, *CIMBEL*, 72/474/CEE, JO, n° L 303 du 31 déc.1972, p.24; CJCE, 29 oct.1980, *Heintz v Landwyck SARL c/ Commission*, aff.jtes, 209 à 215 et 218/78, Rec. 1980, p.3125; CJCE, 11 janv.1990, *Sandoz c/ Commission*, aff. 277/87, Rec.p.I-45; CJCE, 25 oct.1983, *Allgemeine Elektrizitäts c/ Commission*, aff. 107/82, Rec. 1983, p.3151

<sup>107</sup> Déc. Commission, 29 nov.1974, *Entente Franco-japonaise concernant le roulement à billes*, 74/634/CEE, JO, n° L 343 du 21 déc. 1974, p. 19

<sup>108</sup> CJCE, 14 juil.1972, *Matières colorantes*, aff. 48, 49, 51 à 57/69, Rec. 1972, p.619; conclusions H. Mayras présentées le 2 mai 1972, Rec. 1972, p.619.

<sup>109</sup> CJCE, 17 oct.1972, *Ver Gementhandelaren*, aff.8/72, Rec. 1972, p.977; CJCE, 15 mai.1975, *Nederlandse Vereniging c/ Commission*, aff.71/74, Rec. 1975, p.563; Déc. Commission, 29 juin.1970, *ASBL pour la promotion de tube en acier soudé électriquement*, 70/346/CEE, JO, n° L 153 du 14 juil.1970, p.14; Déc. Commission, 30 juin.1970, *A.S.P.A.*, 70/333/CEE, JO, n° L 148 du 8 juil.1970, p.9; CJCE, 15 juil.1970, *Quinine*,



par référence préalable à un mode de raisonnement pénaliste. Ainsi que le rappelle ce considérant de la jurisprudence *Suiker Unie*: «La notion de "pratique concertée" vise une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratiquée entre elles aux risques de la concurrence, coopération aboutissant à des conditions de concurrence qui ne correspondent pas aux conditions normales du marché (...)»<sup>111</sup>. Un tel parti pris est très nettement confirmé dans plusieurs affaires ultérieures<sup>112</sup>. Le point d'orgue étant atteint avec la décision *pâte de bois I*<sup>113</sup>. Le contentieux des pratiques concertées demeure, cela étant très peu représentatif de la jurisprudence de la Cour.

C'est en effet dans le domaine de la distribution sélective que cette dernière s'affaire le plus<sup>114</sup>. Cette catégorie d'accord est jugée à la lumière des entraves qu'elle est susceptible d'apporter aux échanges de l'Union<sup>115</sup>. La légalité dont elle fait l'objet est examinée à l'aune

---

aff. 41,44 et 45/69, Rec.1970, p.661; Déc. Commission, 16 juil.1969, *Entente internationale de la Quinine*, 69/240/CEE, JO, n° L 192 du 5 août 1969, p.5

<sup>110</sup> Par ex, D. TURNER, «The Definition of agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and refusal to Deal», *Harv. L. Rev.*, vol. 75, n° 4, 1962, p. 655-706.

<sup>111</sup> CJCE, 16 déc.1975, *Suiker Unie UA et autres/Commission*, aff.jtes, 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114-73, Rec. 1975, p.1963 pt.26, note R. Kovar, *JDI*, 1977, p.216-230; confirmé par l'arrêt CJCE, *Züchner*, 14 juil.1981, aff. 172/80, Rec. 1981, p.2021. L'arrêt *Kali & Salz* va mettre un frein au zèle de la Commission dans la qualification de la pratique concertée: v. CJCE 14 mai.1975, *Kali und Salz c/ Commission*, aff.jtes, 19 et 20/74, Rec. 1975, p.499, note. Sur cette question: V. Korah, *CMLR*, 1975, p.749-751; note R. Kovar, *JDI*, 1977, p.182-186. V. plus particulièrement à ce sujet, les conclusions de l'avocat général Warner présentées le 11 mars.1975, Rec. 1975, p.522. Ce contrôle plus poussé de la qualification de pratique concertée par la Cour sera confirmé par un arrêt CJCE, 28 mars.1984, *Compagnie Royale Asturienne des mines c/ Commission*, aff.jtes, 29 et 30/83, Rec. 1984, p.1679

<sup>112</sup> CJCE, 14 juil.1981, *Züchner*, aff. 172/80, Rec. 1981, p.2021, note C. Gavalda, *RTDE*, 1982, p.745-750; CJCE, 21 févr. 1984, *Hasselbad (G.B) limited c/ Commission*, aff. 86/82, Rec. 1984, p.883; CJCE, 10 déc.1985, *Stichting et autres c/ Commission*, aff.jtes, 240, 241, 242, 261, 262, 268 et 269/82, Rec. 1985, p.3831; CJCE, 11 juil.1989, *Belasco c/ Commission*, aff. 246/86, Rec. 1989, p. 2117; Déc. Commission, 7 déc.1988, *Verre Plat*, 89/93/CEE, JO, n° L 140 du 26 mai.1973, p.17

<sup>113</sup> Déc. Commission, 19 déc.1984, *Pâte de bois*, 85/202/CEE, JOCE, n° L 85, du 26 mars. 1985, p.1-52. La Commission n'a cependant pas été suivie par la Cour de Justice: CJCE, 27 sept.1988, *Ahlström c/ Commission*, aff.jtes, 89, 104, 114, 116,117 et 125 à 129/85, Rec. 1988, p.5193

<sup>114</sup> J. S. CHARD, «The economics of the application of article 85 to selective distribution Systems», *Eur. L. Rev.*, 1982, p.83-102.

<sup>115</sup> CJCE, 16 juin.1981, *Maria Salonia c/ G. Poidomani*, aff. 126/80, Rec. 1981, p.1563; CJCE, 10 juil.1980, *SA Lancôme et Cosparfrance c/ Etos BV et Albert Heyn*, aff. 99/79, Rec. 1980, p.2511, note R. Kovar, «Efficacité de la répression des ententes et protection juridique des intéressés: un équilibre difficile», *D*, 1981, chron, p.133-138; CJCE, 25 oct.1983, *Allgemeine Elektrizitäts c/ Commission*, aff.107/82, *op.cit*; CJCE, 3 juil.1985, *SA Binon*, aff. 243/83, Rec. 1985, p.2015; CJCE, 28 janv.1986, *Pronuptia de Paris*, aff. 161/84, Rec. 1986, p.353; CJCE, 20 mai.1987, *ANTIB c/ Commission*, aff. 27/85, Rec. 1987, p.2201; CJCE, 8 juin.1982, *L.C. Nungesser c/ Commission*, aff. 258/78; CJCE, 6 oct.1982, *Coditel S.A. et autres c/ Ciné Vog Films SA et autres*, aff. 262/81, Rec. 1982, p.3381; CJCE, 7 juin.1983, *SA Musique diffusion française et autres c/ Commission*, aff.jtes, 100 à 103/80, Rec. 1983, p.1825; CJCE, 10 déc.1985, *Nederlandse c/ Commission*, aff. 260/82, Rec. 1985, p.3801; CJCE, 30 janv.1985, *BAT Cigaretten-Fabriken c/ Commission*, aff. 35/83, Rec. 1985, p.363; CJCE, 10 déc. 1985, *SA ETA et autres c/ Commission*, aff.31/85, Rec. 1985, p.3933; CJCE, 10 déc.1985, *Stichting et autres c/ Commission*, aff.jtes, 240, 241, 242, 261, 262, 268 et 269/82, Rec. 1985, p.3831; CJCE, 25 févr.1986, *Windsurfing International Inc c/ Commission*, aff.193/83, Rec. 1986, p.611; CJCE, 22 oct.1986, *Metro c/ Commission*, aff.75/84, Rec. 1986, p.3021; CJCE, 8 févr.1990, *Tipp-Ex c/ Commission*, aff; 279/87, Rec. 1990, p. I-261

de la «liberté économique» ou de son caractère discriminatoire<sup>116</sup>. Tout comme en matière de liberté de circulation<sup>117</sup>, l'accord est systématiquement évalué au regard de ses conséquences sur les échanges et de la réalisation du marché commun<sup>118</sup>.

## B- L'interprétation de l'article 86, tremplin à l'extension des pouvoirs de la Commission

L'arrêt *Continental Can* inaugure l'interprétation de l'article 86 non pour appréhender un abus, mais l'effet anticoncurrentiel d'une concentration<sup>119</sup>. L'enjeu politique est de taille: si le traité de Rome réprime l'entente et l'abus de position dominante, en revanche rien n'est dit sur le contrôle des concentrations. Celles-ci sont pourtant au cœur de la politique industrielle des États membres. Ouvrir une brèche dans ce domaine revient à donner à la Commission, un droit de regard sur un ensemble de prérogatives considérées comme

---

<sup>116</sup> CJCE, 21 févr.1984, *Hasselbad (G.B) limited c/ Commission*, aff. 86/82, Rec. 1984, p.883; Déc. Commission, 6 févr.1982, *AEG Telefunken*, 86/267/CEE, JO, n° L 117 du 30 avr.1982, p.15-18; Déc. Commission, 6 août.1984, *Zinc Producer Group*, 84/405/CEE, JO, n° L 220 du 17 août.1984, p.27-45; Déc. Commission, 11 juil.1983, *Windsurfing International*, JO, n° L 229, du 20 août.1983, p.1-21; Déc. Commission, 20 juil.1988, *Iveco-Ford*, 88/469/CEE, JO, n° L 230 du 19 août.1988, p.39-46; Déc. Commission, 13 déc.1985, *Droit d'obtention: roses*, 85/561/CEE, JO, n° L 369 du 31 déc.1985, p.9-18

<sup>117</sup> CJCE, 20 mai.1987, *ANTIB c/ Commission*, aff. 27/85, Rec. 1987, p.2201; CJCE, 17 oct.1972, *Ver. Gementhandelaren*, aff. 8/72, Rec. 1972, p.977; CJCE 14 déc.1972, *Boehringer*, aff. 7/72, Rec. 1972, p.1281; CJCE, 6 févr.1973, *Affaire Haecht (II)*, aff. 48/72, Rec. 1973, p.77; CJCE, 11 juil.1974, *Dassonville*, aff. 8/74, Rec. 1974, p.837; CJCE, 3 févr.1976, *Fonderies Roubaix c/ Sté A. Roux et Sté Fonderies JOT*, aff. 63/75, Rec. 1976, p.111; CJCE, 20 juin.1978, *Tepea BV c/ Commission*, aff. 28/77, Rec. 1978, p.1391; CJCE, 30 janv.1985, *BNIC c/ Guy Clair*, aff. 123/83, Rec. 1985, p.391; CJCE 31 oct.1974, *Centrafarm c/ Sterling Drug*, aff.15/74, Rec. 1974, p.1147; CJCE 31 oct.1974, *Centrafarm c/ Winthrop*, aff. 16/74, Rec. 1974, p.1183; CJCE, 16 juin.1981, *Maria Salonia c/ G. Poidomani*, aff.126/80, Rec. 1981, p.1563; CJCE, 10 janv.1985, *Association Centre Edouard Leclerc et autres c/ SARL au Blé Vert*, aff. 229/83, Rec. 1985, p.1; CJCE, 5 oct.1988, *CICRA c/ Commission*, aff. 53/87, Rec. 1988, p.6039; Déc. Commission, 16 déc.1971, *Vereeniging*, 72/22/CEE, JO n° L 13 du 17 janv. 1972, p. 34; Déc. Commission, 20 déc.1971, *Sopelem-Langen*, 72/24/CEE, JO n° L 13 du 17 janv. 1972, p.47, Déc. Commission, 22 déc.1971, *Burroughs-Delplanque*, 72/25/ CEE, JO n° L 13 du 17 janv. 1972; Déc. Commission, 23 déc.1971, *Henkel- Colgate*, 72/41/ CEE, JO, n° L 14 du 18 janv.1972, p.14; Déc. Commission, 17 janv.1972, *MAN-SAVIEM*, 72/88/CEE, JO, n° L 31 du 4 févr. 1972, p.29; Déc. Commission, 9 juin.1972, *Raymond- Nagoya*, JO, n° L 143 du 23 juin. 1972, p.39. Pour une discussion sur ce lien entre libertés de circulation et droit de la concurrence: J. STUYCK, «Libre circulation et concurrence: les deux piliers du marché commun», in *Mélanges en l'honneur de Michel Waelbroeck*, p.1477-1498.

<sup>118</sup> Par ex, CJCE, 6 oct.1982, *Coditel S.A, et autres c/ Ciné Vog Films SA et autres*, aff. 262/81, Rec. 1982, p.3381; CJCE, 7 juin.1983, *SA Musique diffusion française et autres c/ Commission*, aff.jtes, 100 à 103/80, Rec. 1983, p.1825; CJCE, 25 oct.1983, *Allgemeine Elektrizitäts c/ Commission*, aff. 107/82, *op.cit*; CJCE, 10 déc.1985, *Nederlandse c/ Commission*, aff. 260/82, Rec. 1985, p.3801; CJCE, 30 janv.1985, *BAT Cigaretten-Fabriken c/ Commission*, aff. 35/83, Rec. 1985, p.363; CJCE, 10 déc.1985, *SA ETA et autres c/ Commission*, aff. 31/85, Rec. 1985, p.3933; CJCE, 10 déc.1985, *Stichting et autres c/ Commission*, aff.jtes.240, 241, 242, 261, 262, 268 et 269/82, Rec. 1985, p.3831; CJCE, 25 févr.1986, *Windsurfing International Inc c/ Commission*, aff. 193/83, Rec. 1986, p.611; CJCE, 22 oct.1986, *Metro c/ Commission*, aff. 75/84, Rec. 1986, p.3021, note J. Calvo, *Gaz. Pal*, 1987, Doct, p.365-369; note M-A. Hermitte, *chron, JDI*, 1987, p.443-465.

<sup>119</sup> CJCE, 12 févr.1973, *Europemballage Corp et Continental Can Company c/ Commission*, aff.6/72, Rec.1973, p.25, note W. Alexander, *CMLR*, 1973, p.316-318; note L. Focsaneanu, «L'abus de position dominante après l'arrêt Continental can», *RMC*, 1973, p.145-159; note J. Guyénot, *LPA*, 1973, n°31, p.3-4; note A. Jacquemin, *RTDE*, 1973, p.420-423; note F-C. Jeantet, *JCP E*, 1973, II-11086.

régaliennes. Afin de mieux comprendre le raisonnement par lequel la Cour parvient à étendre l'article 86 aux concentrations, un rappel succinct des faits s'impose. *Continental Can*, firme américaine, acquiert par sa filiale européenne *Europemballage*, les actifs d'une entreprise concurrente *TDV*.

Sur le fondement de l'article 86, la Commission intervient pour déclarer l'opération de concentration contraire au droit européen<sup>120</sup>. En conséquence de quoi *Continental Can* se pourvoit de l'illégalité de cette décision: l'article 86 est-il en l'espèce applicable à une opération de concentration et, dans l'affirmative, de quelle manière? Dans le but d'étendre l'article 86 aux opérations de concentrations, la Cour s'appuie sur les articles 3f) et 2 du traité de Rome<sup>121</sup>. La généralité de ces énoncés permet de justifier que l'interprétation des articles 85 et 86 commande la réalisation d'un régime de concurrence non faussé. De là, la Cour en déduit que l'expression «*exploitation abusive*» de l'article 86 s'entend comme pouvant s'appliquer au domaine des concentrations. À défaut de considérer l'interprétation des articles 85 et 86 à l'aune des objectifs définis aux articles 3f) et 2, l'idée politique d'un marché commun s'en trouverait compromise<sup>122</sup>. Une fois de plus, le raisonnement s'inscrit dans la droite ligne tracée par Von der Groeben devant le Parlement dix ans plus tôt<sup>123</sup>.

La jurisprudence *Continental can* constitue pour la Commission un argument de poids qui permet d'amorcer avec les États membres un cycle de négociations en vue de l'adoption du règlement du 21 février 1989 relatif au contrôle des concentrations<sup>124</sup>. L'initiative de Bruxelles trouve le soutien de l'association européenne des industries<sup>125</sup>. En effet, nombreux sont les acteurs économiques à plaider pour l'instauration d'un cadre réglementaire à l'échelle européenne. Grâce à l'influence des commissaires Andriessen et Sutherland, cet appui de l'industrie européenne contraint les États membres à entamer les négociations dans ce domaine. La jurisprudence *SABAM*, en conférant un effet direct à l'article 86 renforce

---

<sup>120</sup> Déc. Commission, 9 déc.1971, *Continental Can Company*, 72/27/CEE, JO n° L 7 du 8 janv. 1972, p.25

<sup>121</sup> 3g) du traité CE aujourd'hui abrogé.

<sup>122</sup> Conclusions de l'avocat général K. Roemer, présentées le 21 nov.1972, Rec. 1973, p.215.

<sup>123</sup> R. RODIERE, *Le droit des sociétés dans ses rapports avec la concentration*, Etudes, Série concurrence, n°5, Bruxelles, 1967, p.9-98.

<sup>124</sup> H. HÖLZER, «Merger Control», in *European Competition Policy*, P. MONTAGNON (ed), London, Chatham House/RIIA, 1990.

<sup>125</sup> Mais aussi l'UNICE et la Chambre de commerce américaine, v. B. Van APELDOORM, L. HORN, «The Transformation of corporate governance regulation in the EU. From harmonization to marketization», in H. OVERBEEK, B. Van APELDOORM, *et.al*, *The Transnational Politics of Corporate Governance Regulation*, London, Routledge, 2007, p.77-97.

d'autant cette nécessité<sup>126</sup>. La Cour rappelle à cet égard, que l'article 86 s'applique en dépit de dispositions nationales contraires.

L'interprétation de cette disposition peut aussi se concevoir dans le cadre de relations contractuelles susceptibles d'engendrer des effets discriminatoires<sup>127</sup>. Dans l'affaire *Comercial Solvent*<sup>128</sup>, la Cour qualifie d'illégal le refus d'approvisionnement d'une entreprise, dépendante pour la fabrication de ses articles, de produits concurrents. Un raisonnement similaire s'observe dans l'arrêt *United Brands*<sup>129</sup>. Bien qu'elle puise à une grille de lecture structuraliste, la Cour qualifie le refus de vente pratiqué par *United Brands* d'abusif<sup>130</sup>. Les prix pratiqués par la requérante sont jugés «*excessifs*», inéquitables et, par voie de conséquence, discriminatoires<sup>131</sup>. De la même manière, l'affaire *Michelin* juge anticoncurrentiels les rabais ou avantages financiers d'entreprises en position dominante qui ont pour effet de créer des discriminations entre concurrents et empêchent les consommateurs de s'approvisionner auprès d'autres producteurs<sup>132</sup>. Cette jurisprudence et d'autres à la suite, interprètent l'article 86 selon un même mode d'argumentation: une relation d'affaires lie une entreprise dominante à une entreprise plus modeste; s'il est avéré que l'entreprise dominante se sert de sa puissance économique comme d'un pouvoir de coercition (refus d'approvisionnement, éviction sur des marchés connexes de concurrents plus modestes, pratique de rabais attractifs discriminatoires, cloisonnement des échanges, etc.) la Commission soutenue par la Cour aura tendance à réprimer de tels comportements<sup>133</sup>.

---

<sup>126</sup> CJCE, 30 janv.1974, *SABAM (I)*, aff.127/73, Rec. 1974, p.51, note L. Defalque, «Compétence préjudicielle de la Cour de justice en matière d'ententes et d'abus de position dominante», *CDE*, 1975, p.68-78; note R. Kovar, *JDI*, 1976, p.203-208.

<sup>127</sup> CJCE, 29 juin.1978, *Benzine Petroleum c/ Commission*, aff. 77/77, Rec. 1978, p.1513

<sup>128</sup> CJCE, 6 mars.1974, *ICI et Commercial Solvents c/ Commission*, aff. 6/73, Rec. 1973, p.357, note V. Korah, *CMLR*, 1974, p.248-272; note R. Kovar, *JDI*, 1976, p.228-241; CJCE, 31 mai.1979, *Hughin Lipton c/ Commission*, aff. 22/78, Rec. 1979, p.1869; CJCE, 3 oct.1985, *CBEM/ CLT*, aff. 311/84, Rec. 1985, p. 3261; Déc. Commission, 29 juil.1987, *Boosey & Hawkes*, JO, n° L 286, du 9 oct. 1987, Déc. Commission, *Eurofix-Bauco/ Hitli*, JO, n° L 65 du 11 mars. 1988, p.19-34; Déc. Commission, 18 juil.1988, *Napier Brown/ British Sugar*, 88/518/CEE, JO, n° L 284 du 19 oct. 1988, p.42; Déc. Commission, 7 déc.1988, *Verre Plat*, 89/93/CEE, *op.cit.*

<sup>129</sup> CJCE, 14 févr.1978, *United Brands c/ Commission*, aff.27/76, Rec.1978, p.207 v. note, W. Bishop, «Price discrimination under article 86: Political economy in the European Court», *The Modern. L. Rev*, 1981, p.282-295.

<sup>130</sup> Déc. Commission, *Eurofix-Bauco/ Hitli*, JO, n° L 65 du 11 mars. 1988, p.19-34; Déc. Commission, *BPB Industries PLC*, JO, n° L 10 du 13 janv. 1989, p.50-64

<sup>131</sup> Par ex, CJCE, 2 mars.1983, *GLV c/ Commission*, aff. 7/82, Rec. 1983, p.483

<sup>132</sup> CJCE, 9 nov.1983, *NBIM c/ Commission*, aff. 322/81, Rec. 1983, p.3461; la même solution avait été rappelée dans l'affaire *Suiker Unie*, et *Hoffmann-La Roche*, *op.cit.*

<sup>133</sup> CJCE 27 mars.1974, *SABAM-BRT*, aff. 127/73, Rec. 1974, p.313; CJCE, 31 mai.1979, *Hughin Lipton c/ Commission*, aff. 22/78, Rec. 1979, p.1869; CJCE, 13 févr.1979, *Hoffmann-La-Roche c/ Commission*, aff. 85/76, Rec.1979, p.461

En définitive, c'est moins sur des justifications inspirées de modèles économiques que sur des principes tirés de la loyauté des échanges commerciaux que s'interprète l'article 86<sup>134</sup>. L'affaire *Akzo* aurait pu laisser croire que l'expression «prix anormalement bas» utilisée par la Cour renverrait à la théorie des prix prédateurs<sup>135</sup>. Ce n'est pourtant pas ce qui ressort à la lecture de l'arrêt. La qualification de «prix prédateur» n'apparaît pas expressément. Au contraire, c'est à la qualification de prix «anormalement bas» qu'il est fait référence<sup>136</sup>. Il faudra attendre cinq ans, pour que la Commission, puis la Cour consacrent la catégorie de «prix prédateurs»<sup>137</sup>. Cela dit, toute discrimination n'est pas systématiquement jugée illégale. La Cour tient compte aussi du contexte économique plus général. Dans l'affaire *Benzine Petroleum*, elle fait par exemple une application mesurée de l'article 86<sup>138</sup>.

De ces différentes interprétations, un constat s'impose: il n'est fait appel à «l'analyse économique» que dans le but de justifier de façon exceptionnelle, un abus de position dominante ou une pratique concertée. Quelques arrêts très isolés utilisent certes la part de marché comme indice fondamental de la qualification d'abus de position dominante<sup>139</sup>. Et là encore, il faut nuancer puisque la jurisprudence et la pratique décisionnelle se tournent aussi vers les principes de la concurrence déloyale<sup>140</sup>. Comme l'indique l'avocat général Mayras, la qualification d'abus consiste à «appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence»<sup>141</sup>. Le juge Lecourt souligne encore que «Le faible devant le fort, ce n'est pas seulement le consommateur devant l'entreprise. Ce peut être aussi l'entreprise face à une autre entreprise»<sup>142</sup>. En substance, l'article 86 est interprété en ce qu'il

---

<sup>134</sup> CJCE, 11 nov.1986, *British Leyland c/ Commission*, aff.226/84, Rec. 1986, p.3263

<sup>135</sup> CJCE, 23 sept.1986, *AKZO Chemie c/ Commission*, aff. 5/85, Rec. 1986, p.2585. La pratique décisionnelle de la Commission va dans le même sens: 15<sup>e</sup> rapport de la Commission CEE sur la politique de la concurrence, Bruxelles, 1985, p.90-91; Déc. Commission, 14 déc.1985, *AKZO c/ ECS*, 85/609/CEE, JO, n° L 374 du 31 déc. 1985

<sup>136</sup> Déc. Commission, *British Sugar c/ Napier Brown*, in 16<sup>e</sup> rapport de la Commission CEE sur la politique de la concurrence, Bruxelles, 1986, p.90

<sup>137</sup> CJCE, 3 juil.1991, *AKZO c/ Commission*, aff.62/86, Rec. 1991, p. I-3359, note C. Bolze, *RTDCom*, 1992, p.310-313; note L. Vogel, *CCC*, 1991, n°11, p.11-12.

<sup>138</sup> CJCE, 29 juin.1978, *Benzine en Petroleum c/ Commission*, aff. 77/77, Rec. 1978, p.1513

<sup>139</sup> Par ex: CJCE, 25 oct.1977, *Metro c/ Commission*, aff.26/76, Rec. 1977, p.1875

<sup>140</sup> G. AMATO, *Antitrust and the Bounds of Power, the Dilemma of liberal Democracy in the History of the Market*, Hart Publishing, 1997, p.66-67.

<sup>141</sup> Comme l'illustrent encore ces propos de l'avocat général Mayras sous l'arrêt *United Brands*: «(...) l'infraction apparaît lorsque l'entreprise ou le groupe en position dominante met à profit sa position, notamment, pour imposer à ses clients des prix non équitables, c'est-à-dire excessifs et sans rapport raisonnable avec la prestation fournie», in conclusions de l'avocat général H. Mayras, présentées le 8 nov. 1977, Rec. 1978, p.318-351 sous l'arrêt *United Brands*, *op.cit.* Dans le même sens: Déc. Commission, 19 déc.1974, *GMC*, 75/75/CEE, JO, n° L 29 du 3 févr.1975 p.14

<sup>142</sup> R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p.99-101.

permet de rétablir la loyauté du jeu concurrentiel. Autrement dit, une égalité d'échange entre partenaires économiques.

### C- L'extension des articles 85 et 86 aux mesures étatiques

Le droit européen est aussi, dans un contexte de repli protectionniste, le moyen d'imposer aux États membres une forme de neutralité dans le jeu de la concurrence<sup>143</sup>. C'est ce que vient rappeler la Cour par la doctrine de «*l'effet utile*»: les États membres ont l'obligation de ne pas favoriser l'exercice de pratiques anticoncurrentielles<sup>144</sup>, qu'il s'agisse d'accorder des droits exclusifs à des entités publiques ou d'encourager la constitution d'ententes entre entreprises<sup>145</sup>. La Commission et la Cour redoutent en effet que les législations qui réglementent les prix de vente des produits pétroliers deviennent source de distorsion de concurrence par rapport aux cours mondiaux<sup>146</sup>. À cela, s'ajoute la volonté de se conformer aux objectifs de l'Acte unique, qui fixent l'achèvement du marché intérieur pour le 1<sup>er</sup> janvier 1993. Empêcher les États membres de renforcer les entraves au droit de la concurrence s'avère plus que nécessaire dans cette optique.

C'est en combinant, sur le modèle du raisonnement déjà effectué dans la jurisprudence *Continental Can*, les articles 5 al 2 et 3) f, du traité de Rome que la Cour construit l'obligation de ne pas porter atteinte à *l'effet utile* du droit de la concurrence<sup>147</sup>. Une telle prise de position

---

<sup>143</sup> On retrouve cette idée dans le premier rapport publié par la Commission européenne de 1972 sur la politique de la concurrence, in *Communauté Economique Européenne, Rapport sur la politique de la Concurrence*, 1972, Bruxelles, p.13-14. Pour une application jurisprudentielle: CJCE, 30 avr.1974, *Sacchi*, Rec. 1974, p.409; CJCE, 16 nov.1977, *INNO-BM c/ ATAB*, aff.13/77, Rec. 1977, p.2115; CJCE, 9 juin.1977, *UCI*, aff.90/76, Rec. 1977, p.1091

<sup>144</sup> CJCE, 30 avr.1986, *Ministère Public c/ Asjes*, aff. 209 à 213/84, Rec. 1986, p.1425, note J. Dutheil De La Rochère, *RTDE*, 1986, p.519-532; note L. Focsaneanu, *JCP E*, 1987, II, p.341-344; CJCE, 1<sup>er</sup> oct.1987, *VVR c/Sociale Dienst Van de Plaatselijke*, Rec.1987, p.3801; CJCE, 3 déc.1987, *BNIC c/ Aubert*, aff.136/86, Rec.1987, p.4789; CJCE, 21 sept.1988, *P. Van Eycke c/ ASPA*, aff.267/86, Rec. 1988, p. 4769; CJCE, 14 juil.1988, *Syndicat des librairies de Normandie c/ l'Aiglon distribution*, Rec. 1988, p.4457; CJCE, 11 avr.1989, *Ahmeed Saeed Flugreisen e.a*, aff. 66/86, Rec. 1989, p.803, note M-C. Boutard-Labarde, L. Vogel, *JCP G*, 1990, II-21435; note M-A. Hermitte, chron, *JDI*, 1990, p.485-487; CJCE, 4 mai. 1988, *Bodson c/ Pompes funèbres*, aff. 30/87, Rec. 1988, p. 2479; CJCE, 5 oct. 1988, *AB Volvo c/ E. Veng Ltd*, aff. 238/87, Rec. 1988, p.6211

<sup>145</sup> CJCE, 13 nov.1975, *GMC c/ Commission*, aff. 26/75, Rec. 1975, *op.cit*; CJCE, 3 oct.1985, *CBEM c/ CLT*, aff. 311/84, Rec. 1985, p.3261; CJCE, 5 oct.1988, *AB Volvo c/ E. Veng Ltd*, aff. 238/87, Rec.1988, p.6211; CJCE, 5 oct.1988, *CICRA e.a c/ Renault*, aff. 53/87, Rec.1988, p.6039. De cette jurisprudence naîtra bientôt la qualification «d'abus automatique» de position dominante: CJCE, 13 nov.1975, *GMC c/ Commission*, aff. 26/75, Rec. 1975, p.1367; CJCE 10 déc.1991, *Merci Convenzionali c/ Commission*, aff. C-179/90, Rec. p. I-4022, note G. Mattei-Dawance, R. Rezenhel, *RFDA*, 1993, p.356-365; note C. Bolze, *RTDCom*, 1993, p.436-439.

<sup>146</sup> Commission CEE, *Troisième rapport, sur la politique de la concurrence*, Bruxelles, 1974, p.24-27.

<sup>147</sup> CJCE, 10 janv.1985, *Association Centre Edouard Leclerc et autres c/ SARL au Blé Vert*, aff. 229/83, Rec. 1985, *op.cit*; CJCE, 29 janv.1985, *Henri Cullet c/ Leclerc*, aff. 231/83, Rec. 1985, p.305; CJCE, 25 sept.1985, *Centre Edouard Leclerc*, aff.jtes, 114 et 115/84, Rec. 1985, p.2961; CJCE, 25 sept.1985, *Procureur de la République c/ Chabaud*, aff.jtes, 79 et 80/84, Rec. 1985, p.2953; CJCE, 25 sept.1985, *Procureur de la République c/ Gratiot*, aff. 11/84, Rec. 1985, p.2907; CJCE, 11 juil.1985, *SA Saint-Herbain, Centre distributeur*

est symboliquement très forte puisqu'en s'attaquant aux effets des réglementations étatiques, la Cour remet en cause certains modèles économiques nationaux notamment ceux de la France ou de l'Italie, qui, depuis l'après-guerre, fonctionnent selon un mécanisme de prix administrés. La jurisprudence *Inno* rappelle en ce sens qu'il n'appartient plus aux États membres de décider unilatéralement comment doivent fonctionner leurs marchés nationaux respectifs. Ces prérogatives doivent pleinement être compatibles aux objectifs de l'Union.

Dans la continuité de la jurisprudence *Consten*<sup>148</sup>, la Cour soutient par conséquent la Commission dans son programme de réalisation du marché commun<sup>149</sup>. Le droit de la concurrence est utilisé à cette fin<sup>150</sup>. Une certaine doctrine, dont l'ampleur s'accroît à mesure que le droit antitrust s'ancre dans «*l'analyse économique*», dénonce pourtant le formalisme qui s'attache à l'interprétation de la politique européenne de concurrence<sup>151</sup>. La Commission elle-même n'est pas insensible à ces critiques. Les liens étroits qu'elle entretient avec les autorités américaines permettent de prendre la mesure des effets de la politique européenne

---

*Leclerc c/ Syndicat des librairies de Loire Océan*, Rec. 1985, p.2515; CJCE, 25 sept.1985, *Procureur de la République c/ Héricotte*, aff. 215/84, Rec. 1985, p.2993; CJCE, 25 sept.1985, *Procureur de la République c/ Gontier*, aff. 201/84, Rec. 1985, p.2977; CJCE, 25 sept.1985, *Procureur de la République c/ Binet*, aff. 149/84, Rec. 1985, p.2969; CJCE, 6 févr.1986, *Procureur de la République c/ Chinon*, aff.jtes, 271 à 274/84, 6 et 7/85, Rec. 1986, p.529

<sup>148</sup> Déc. Commission, 18 déc.1972, *Cementregeling*, 72/468/CEE, JO, n° L 303 du 31 déc. 1972, p.7; Déc. Commission, 22 déc.1972, *CIMBEL*, 72/474/CEE, JO, n° L 303 du 31 déc.1972, p.24; Déc. Commission, 2 janv.1973, *Industrie Européenne du Sucre*, 73/109/CEE, JO, n° L 140 du 26 mai. 1973, p.17; Déc. Commission, 21 déc.1973, 74/17/CEE, JO, n° L 19 du 23 janv. 1974, p.22; Déc. Commission, 15 mai.1974, *Accords entre fabricants de verre d'emballage*, JO, n° L 160 du 17 juin. 1974

<sup>149</sup> *Rapport de la Commission de la Communauté Economique sur la politique de concurrence*, 1972, Bruxelles; *Quatrième rapport de la Commission CEE, sur la politique de la concurrence*, Bruxelles, 1985, p. 31-34; CJCE, 26 nov.1975, *Groupement des fabricants de papier peints de Belgique et autres c/ Commission*, aff. 73/74, Rec. 1975, p.1491; CJCE, 15 mai.1975, *Nederlandse Vereniging c/ Commission*, aff. 71/74, Rec. 1975, p.563; CJCE, 20 juin.1978, *Tepea BV c/ Commission*, aff. 28/77, Rec. 1978, p.1391; CJCE, 1<sup>er</sup> févr.1978, *Miller International c/ Commission*, aff. 19/77, Rec. 1978, p.131; CJCE, 12 juil.1979, *BMW Belgium SA et autres c/ Commission*, aff. 32, 36 à 82/78, Rec. 1979, p.2435; CJCE, 31 mai.1979, *Hughin Lipton c/ Commission*, aff. 22/78, Rec. 1979, p.1869; Déc. Commission, 3 juil.1973, *Chauffe-eau et chauffe-bains au gaz*, 73/232/CEE, JO, n° L 217 du 6 août 1973, p.34; Déc. Commission, 5 oct.1973, *Deutsche Philips GmbH*, 73/322/CEE, JO, n° L 293 du 20 oct. 1973, p.40

<sup>150</sup> CJCE, 23 oct.1974, *Transocean Marine Paint c/ Commission*, aff. 17/74, Rec. 1974, p.1063; CJCE, 25 oct.1977, *Metro c/ Commission*, aff.26/76, Rec. 1977, p.1875; CJCE, 11 juil.1985, *Remia BV c/ Commission*, aff. 42/84, Rec. 1985, p.2545

<sup>151</sup> Par ex, A. MARCHINI-CAMIA, «La concentration industrielle, les positions dominante sur le marché et le droit antitrust: l'expérience américaine et les problèmes européens», *RTDE*, 1971, p.353-422; G. PIRIOU, «Refus de vente et abus de position dominante: l'arrêt ICI et CSC du 6 mars 1974», *CDE*, 1975, p.93; B. DHAERYERH, J. THILMANY, «La protection du consommateur en droit antitrust européen», *RTDE*, 1978, p.223-249; C. BADEN FULLER, «Article 86 EEC: Economic Analysis of a Dominant Position», *Eur. L. Rev.*, 1979, p.423; H. LEPAGE, «L'école de Chicago et la concurrence», *RCC*, n° 14, 1981, p.3-8; R. SHMALENSEE, «Another Look at the Market Power», *Harv. L. Rev.*1982, p.1792; M. GLAIS, Les fondements micro-économiques de la jurisprudence concurrentielle, *Rev.éco*, 1987, n°1, janv.1987, p.75-115; D. GLYNN, J. LIESNER, «Does antitrust make economic sense», *ECLR*, vol. 8, 1987, p. 344-370; B. HAWKS, «The American (Antitrust) Revolution: Lessons for the EEC», *ECLR*, 1988, vol.9, p.53-87; R. RAPP, «The application of economic argument in anti-trust cases: recent American trends», *ECLR*, vol. 9, 1988, p.207-226; P HOET, «Domination du marché ou théorie du partenaire obligatoire», *RMC*, 1989, p.135; B. BOCK, «An economist considers some basic issues of antitrust law in United-States», *ECLR*, vol.11, 1990, p. 52-64.

dans un contexte mondialisé<sup>152</sup>. Ces réflexions se discutent par ailleurs sein d'institutions telles que l'OCDE, la CNUCED ou l'OMC qui initient chacune des panels d'experts chargés d'harmoniser l'application du droit de la concurrence à l'échelle mondiale<sup>153</sup>. Majoritairement composés de juristes, les comités d'experts sont désormais supplantés par des panels d'économistes professionnels. Révélateur de l'évolution du moment, le comité d'experts de l'OCDE substitue au «*Comité d'experts sur les pratiques commerciales restrictives*» le «*Comité du droit et de la politique de concurrence*». La mondialisation constitue de ce fait une contrainte de taille qui préside à la réorientation de la politique de concurrence de l'Union. Précisément, la réforme antitrust initiée depuis la fin des années soixante-dix est prise comme un argument de réforme du système européen<sup>154</sup>. Plus libéral, et fondé, par référence aux théories de Chicago, sur *l'analyse économique*, le modèle antitrust fédère en Europe une nouvelle coalition de milieux d'affaires ainsi que d'États membres.

L'émergence de nouvelles idéologies en est la conséquence manifeste<sup>155</sup>. La Commission commande à cet effet une série d'études sur les prix prédateurs, ainsi que sur le concept de position dominante collective<sup>156</sup>. Jusqu'ici, la politique de concurrence avait été un instrument de réalisation du marché commun. Sous l'influence des Commissaires Andriessen, Sutherland et Brittan<sup>157</sup>, elle devient une priorité inhérente à l'Acte unique. Dans le même temps, les critiques à l'encontre de la centralisation et la bureaucratisation des mécanismes du règlement 17/62 ainsi que des fondements ordolibéraux et structuralistes qui l'animent depuis lors, se font grandissantes<sup>158</sup>.

---

<sup>152</sup> V. développements supra §1

<sup>153</sup> A. HEINEMANN, «La nécessité d'un droit mondial de la concurrence», *RIDE*, 2004, p.293-324.

<sup>154</sup> Sur les justifications économiques d'une telle reorientations: O. E. WILLIAMSON, «Predatory Pricing: A Strategic Welfare Analysis», *Yale. L. Jour*, 1977, p. 284; F. EASTERBROOK, «Predatory pricing Strategies and Counterstrategy», *Univ. Chicago. L. Rev*, 1981, p. 263.

<sup>155</sup> Sur l'analyse de ce changement idéologique aux Etats-Unis: M-A. EISNER, *Antitrust and the Triumph of Economics, Institutions, expertise, and Policy change*, Univ North Carolina Press, 1991, p.90-227.

<sup>156</sup> L. PHILIPS, «Predatory Pricing», *Office des Publications des Communautés Européennes*, Luxembourg, 1987; XVI<sup>e</sup> *Rapport sur la politique de la concurrence*, 1987, p. 251-253.

<sup>157</sup> M. CINI, L. MCGOWAN, *Competition policy in the European Union*, *op.cit.*, p.29-39; R. SMELLIE, «Competition Policy in the EC: a conference Report», *Governement and Opposition*, 1985, vol.18, p.267-290; C-D. EHLERMANN, «The Contribution to EC competition policy to the single market», *CMLR*, 1992, p.257-282.

<sup>158</sup> F. GRAUPENER, «Commission decision making on competition questions», *CMLR*, 1973, vol.10, p.599-633; J. TEMPLE-LANG, «The Procedure of the Commission in Competition cases», *CMLR*, 1977; vol.14, p.155-173; S. KON, «Article 85, para.3: a case for application by national Courts», *CMLR*, 1982, vol.19, p.541-561.



## ***Section 2: La réorientation de la politique de la concurrence***

La prégnance de la mondialisation est l'une des causes possibles de la réorientation idéologique de la politique de concurrence. Cette contrainte n'est toutefois pas la seule. Elle se conjugue aux impératifs propres à l'Union tels l'élargissement, la conciliation de la politique industrielle avec la politique de concurrence ou encore le problème de l'engorgement administratif des services de la direction générale de la concurrence. S'il accélère la réalisation du marché commun, l'Acte unique fait de la politique de concurrence un instrument primordial de cet objectif (§1). Le marché intérieur en partie réalisé se pose la question de savoir quelles nouvelles justifications idéologiques doivent s'attacher à l'interprétation du droit de la concurrence. Là-dessus, le consensus entre les principaux interprètes est loin d'être établi. Si la Commission, sous les coups de boutoir du TPIUE, envisage de modifier l'orientation de la politique de la concurrence, la Cour, de son côté, paraît plus réservée (§2).

### **Paragraphe 1: Les nouvelles contraintes politiques**

Aux changements institutionnels (A), viennent s'adjoindre un certain nombre de bouleversements internationaux majeurs (B).

#### **A- Le renforcement du poids politique de la concurrence**

La politique de concurrence prend, au sein de la stratégie du marché commun, une ampleur de premier plan. L'Acte unique puis le Traité de Maastricht consolident largement cet état des choses<sup>159</sup>. Il faut reconnaître que le contexte idéologique s'y prête: l'économie de marché s'impose, en cette fin de guerre froide, comme la seule alternative crédible. Dans le contexte de l'Union, la réalisation du marché intérieur est de plus considérée comme la

---

<sup>159</sup> J-P. JACQUE, «L'Acte Unique européen», *RTDE*, 1986, p.575; G. BOSCO, «Commentaire de l'Acte unique européen», *CDE*, 1987, p.355; J. De RUYT, *L'Acte unique européen*, Bruxelles, ULB, 2<sup>nd</sup> ed. 1989; Livre blanc de la Commission des communautés européennes, *L'achèvement du marché intérieur*, COM (85) 310, 28-29 juin.1985. Sur cette question d'un point de vue général: G. ROSS, *Jacques Delors and European Integration*, Cambridge, 1995.

matrice qui permettrait d'aboutir à une union plus étroite des États membres<sup>160</sup>. Cette nouvelle stratégie réunit une coalition hétéroclite d'entreprises, de fonctionnaires ainsi que d'États membres, acquise à la réalisation du marché intérieur. Pour ce faire, les traités consolident les prérogatives du collège bruxellois<sup>161</sup>. En effet, le vote à la majorité qualifiée renforce d'autant les possibilités de marchandages de la Commission<sup>162</sup>.

En France, les effets de l'Acte unique se traduisent par le vote de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 qui libéralise les prix autant qu'il opère une refonte du droit de la concurrence. Sur le modèle allemand, une autorité administrative indépendante est instituée chargée de réprimer les pratiques anticoncurrentielles<sup>163</sup>. À partir de 1995, la Commission s'emploie, dans le cadre de réunions périodiques, à associer plus étroitement ces différentes autorités et juridictions spécialisées en matière de concurrence à l'interprétation du droit européen<sup>164</sup>. Une communication est publiée dans cette optique<sup>165</sup>. Sur un autre front, Bruxelles s'active, depuis le début des années quatre-vingt-dix, à la libéralisation de secteurs sous monopole public<sup>166</sup>. Comparé au marché, le monopole est jugé moins efficient d'un certain point de vue<sup>167</sup>. Formulé en ces termes, l'argument justifie la libéralisation des principales industries en réseaux (téléphonie, énergie, poste, transport)<sup>168</sup>. La Commission accroît par ces différentes mesures les prérogatives dont elle dispose dans le cadre de l'Union. La conjonction de ces éléments distincts est un premier facteur explicatif de l'intérêt grandissant de la politique de concurrence.

---

<sup>160</sup> C-D. EHLERMANN, «The Contribution to EC competition policy to the single market», *CMLR*, 1992, p.257-282; N. JABKO, *L'Europe par le marché. Histoire d'une stratégie improbable*, Presses Sciences Po, 2009, p.69-88.

<sup>161</sup> N. JABKO, *L'Europe par le marché, op.cit.*, p.75-88.

<sup>162</sup> D. J. GERBER, «The transformation of European Community Competition Law?», *Harv. Int. L. Journal, op.cit.*, p.125.

<sup>163</sup> G. CANIVET, L. IDOT, *et.al.*, *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, évolution et perspectives*, Litec, 2008.

<sup>164</sup> Communication de la Commission du 15 oct.1997, relative à la coopération entre la Commission et les autorités de concurrence des Etats membres pour le traitement d'affaires relevant des articles 81 et 82 du traité CE, 97/C 313/03, JO, C 313 du 15 oct.1997.

<sup>165</sup> Communication relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 85 et 86 du traité CEE, JO, n° C 039 du 13 févr.1993, p. 6-11.

<sup>166</sup> XX<sup>e</sup> *Rapport de la Commission européenne sur la politique de la concurrence*, Bruxelles, 1991, 11-19.

<sup>167</sup> H. DEMSETZ, «Why regulate utilities?», *JLE*, vol.11, 1968, p.55-65; R. POSNER, «The social cost of Monopoly and regulation», *Journ. Polt. Econ*, 1975, vol.83, p.807-828; W. BAUMOL, J. G. SIDAK, «The Pricing of outputs sold to competitors» *Yale. J. Regulation*, 1994, vol.11, n°1, p.203-224; F. LEVÊQUE, *Economie de la réglementation*, La découverte, 2004; D. FLACHER, «Ouverture à la concurrence et service universel: avancées ou recul du service public?», in *Regards croisés sur l'économie*, n°2, La découverte, 2007, p.76-85; L. CARTELIER, «Production et régulation des services en réseau: l'évolution de l'analyse économique», *Cahiers Français*, n°339: *Les services publics*, 2007, p. 51-57.

<sup>168</sup> P. SUTHERLAND, «Competition policy in EEC today», *Discours*, Bonn, 31 mars.1987; «European policy on competition», *Discours*, Bonn, 25 juin.1992; Commission européenne, *La politique de la concurrence dans le nouvel ordre commercial: renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, 1995, p. 30-60.

La création du Tribunal de première instance constitue la seconde explication<sup>169</sup>. L'engorgement du prétoire de la Cour en est la raison principale: de 1975 à 1987, la massification du contentieux s'est accentuée sans pour autant diminuer le délai de traitement des litiges. Pour pallier ces carences, le Conseil décide de transférer à la nouvelle juridiction les matières portant sur des faits complexes. Le Tribunal se retrouve dès lors, juge de droit commun du droit de la concurrence. Cette nouvelle architecture fait de l'institution un nouvel acteur de premier plan dans le contrôle de la politique de concurrence<sup>170</sup>.

L'adoption du règlement du 21 décembre 1989 demeure sans conteste l'explication majeure de l'importance qu'acquiert la politique de concurrence dans la stratégie du marché intérieur<sup>171</sup>. Fruit de négociations entamées peu après la jurisprudence *Continental Can*, ce texte transfère à la Commission une partie du contrôle politiquement très sensible des concentrations à dimension européenne. Par là, c'est la conduite des politiques industrielles nationales qui devient un domaine de compétence partagée. La Cour n'est pas étrangère à ce nouvel état des choses: elle a jugé, à la suite de la jurisprudence *Continental Can*, que l'article 85 s'étend lui aussi au contrôle des concentrations<sup>172</sup>. Ces arrêts précipitent l'adoption du règlement sur les concentrations. Concilier politique industrielle et politique de la concurrence s'avère de plus en plus nécessaire dans ce contexte<sup>173</sup>. Mais, à mesure que la Commission intervient dans des domaines politiquement sensibles, l'attrait du discours économique se fait grandissant.

De cette manière, l'examen de la légalité d'une opération de concentration intègre les concepts de «marché pertinent»<sup>174</sup>, d'«analyse des effets verticaux, horizontaux ou congloméraux». Ce sont autant de grilles de lecture qui imposent un accroissement de

---

<sup>169</sup> Déc. Conseil, 24 oct.1988, JOCE, n°L 319/1 du 25 nov.1988; Y. GALMONT, «Le TPI des Communautés européennes», *RFDA*, 1989, p.579; J. BIANCARELLI, «La création d'un Tribunal de première instance des Communautés européennes: un luxe ou une nécessité?», *RTDE*, 1990, n°1, p.1-25; V. CHRISTIANOS, «The Court of First Instance and the new judicial organization», in S. A PAPPAS, *The Court of First Instance of the European Communities: History, Organization, Procedure*, Europe Institute of Public Administration, Maastricht, 1990; R. MEHDI, «Justice et double degré de juridiction, l'aspect européen», *Justices*, 1996/4, p.53-59.

<sup>170</sup> V. FAURE, *L'apport du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes au droit Communautaire de la concurrence*, Dalloz, 2005, p. 2-3.

<sup>171</sup> Règlement (CEE) 4064/89 du Conseil du 21 déc.1989, JOCE L 395 du 30 déc. 1989. Sur cette question: B. SOULAGE, S-P. THIERY, «Quelles institutions pour une nouvelle politique industrielle», *REI*, n°23, 1983, p.79-91; E. DAVIGNON, «Une stratégie industrielle pour l'Europe», *REI*, n°23, p.109-118; A. JACQUEMIN, «La Communauté européenne à la recherche d'une politique industrielle concertée», *REI*, 1983, n°23, p.119-125.

<sup>172</sup> CJCE, 17 nov.1987, *British-American Tobacco Company Ltd et R. J. Reynolds Industries Inc c/ Commission*, aff.jtes, 142 et 156/84, Rec, 1987, p.4487, note, M-C. Boutard-Labarde, *JCP G*, 1988, II-2144; note F. Fine, «Does article 85 now Extend to mergers?», *ECLR*, 1987, p.333-343; note M-A. Hermitte, chron, *JDI*, 1988, p.526-530; note V. Korah, *ECLR*, 1987, p.239-255.

<sup>173</sup> L. BRITTAN, *Europe: The Europe we need*, London, Hamish Hamilton, 1994; L. BRITTAN, «The Law and Policy of Merger Control in EEC», *Eur. L. Rev*, 1990, vol.15, n°5, p.351-357.

<sup>174</sup> Par ex: TPI, 19 mai.1994, *Air France c/ Commission*, aff.T-2/93, Rec. II-p.323

justifications économiques comme l'illustre la réception de la «théorie de l'entreprise défaillante»<sup>175</sup>. Le domaine des concentrations ouvre donc la voie à une technicisation accrue du droit de la concurrence. Mais l'appel aux experts dans le but de légitimer un choix politique à ses revers: si nombre d'entre eux saluent la libéralisation opérée dans les secteurs en réseaux, les critiques se font plus fréquentes s'agissant de la conformité de la politique européenne de concurrence à «l'analyse économique»<sup>176</sup>.

## B-Influence du contexte international

Le fait que la politique européenne fasse l'objet de critiques ne relève pas de la coïncidence. Outre-Atlantique, le droit antitrust fait l'objet de modifications substantielles<sup>177</sup>. Il n'est pas rare, au demeurant, qu'un même contentieux soit jugé différemment par les autorités américaines et européennes<sup>178</sup>. Les milieux d'affaires réclament à cet égard

---

<sup>175</sup> Déc. Commission, 9 nov.1994, *MSG Media Service*, 94/922/CE, JO, n° L 324 du 31 déc. 1994, p. 1-20; Déc. Commission, 28 juin.1991, *Dräger/IBM/HMP*, IV/M.101, JO, n° C 236, du 11 sept. 1991; Déc. Commission, 19 juil.1995, *Nordic Satellite Distribution*, 96/177/CE, JO, n° L 53 du 2 mars.1996, p. 20-40; Déc. Commission, 20 sept.1995, *RTV/Veronica/Endemol*, 96/346/CE, JO, n° L 134 du 5 juin. 1996; Déc. Commission, 18 janv.1991, *ATT/NCR*, JOCE, n° C 16, du 24 janv. 1991, p. 20; Déc. Commission 14 déc.1993, *Kali+Salz/Mdk/Treuhand*, JO, n° L 186 du 21 juil. 1994, p. 38-56. La théorie de l'entreprise défaillante a elle aussi été réceptionnée par le Conseil d'Etat: CE, 6 févr.2004, *Sté Royal Philips Electronics et autres*, n° 249262, 252297, 252350, 252809

<sup>176</sup> Y. BROZEN, «Concentration and Profits: does concentration Matter?», *Antitrust. Bull.*, vol.19, 1974, p.381-392; H. LEPAGE, «L'école de Chicago et la concurrence», *RCC*, n°14, 1981, *op.cit.*; Y. BROZEN, *Concentration, Merger and Public policy*, New York, Mac Millan, 1982; F. BRODLEY, «Economic Goals of Antitrust: Efficiency, consumer welfare and Technical Progress», *N. Y. L. Rev.*, 1987, p.1020-1053; J. FLYNN, J. PONSOLDT, «Legal reasoning and the jurisprudence of vertical restraints: the limitations of neoclassical economic analysis in the resolution of antitrust disputes», *N.Y.L. Rev.*, 1987, vol.62, n°5, p.1125-1152; B. HAWKS, «The american (Antitrust) revolution: lessons for the EEC», *ECLR*, 1988, vol.9, *op.cit.*; R. RAPP, «The application of economic argument in anti-trust cases: recent american trends», *ECLR*, vol. 9,1988, p.207-226; M. GLAIS, «Introduction» au n° *spécial sur la politique de la concurrence*, *REI*, 1993, vol. 63, n°1, p.5-9; F. JENNY, «Droit européen de la concurrence et efficience économique», *REI*, 1993, vol.63, n°1, *op.cit.*; B. HAUDEVILLE, «La finalité politique de la concurrence: promouvoir l'égalité ou promouvoir l'équité?», *RCC*, 1995, n°85, p.46-53; A. BIENAYME, «L'intérêt du consommateur dans l'application du droit de la concurrence», *RIDE*, 1998, p.361-391.

<sup>177</sup> L'institutionnalisme et les théories structuralistes, qui s'étaient imposées comme idéologie dominante du droit antitrust, avec la nomination dès 1938 de T. ARNOLD à la tête du Département antitrust de la justice (DOJ) est progressivement supplanté dans les années soixante-dix, par l'école de Chicago. Pour une analyse de cette question: H. DUMEZ, «La révolution antitrust», *Analyses de la SEDEIS*, 74, mars.1990; I. LIANOS, *La Transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique, l'exemple du traitement des restrictions verticales par le droit communautaire et européen de la concurrence*, Thèse, Université Robert Schuman, Strasbourg, 2004, p. 17-50; J. J. FLYNN, «The Reagan administration's antitrust policy, "original intent" and the legislative history of the Sherman Act», *Antitrust. Bull.*, 1988, p.259.

<sup>178</sup> V. par ex le communiqué de Mario Monti sur l'affaire Microsoft refusant, à l'inverse des autorités antitrust, tout compromis avec Microsoft: in *Communiqué de presse de Mario Monti*, 18 mars.2004, IP/04/365. La position fut confirmée par le Tribunal: TPICE, 17 sept.2007, *Microsoft Corp. c/ Commission des Communautés européennes*, aff. T-201/04, Rec. 2007, p.II-3601, notes, M. Debroux, *JCP E*, 2007, n°2304, p.23-25; J. Gstalter «L'arrêt Microsoft et la mise en œuvre de l'article 82. Quels enseignements pour l'analyse économique fondée sur les effets?», *RTDE*, 2007, p.742-762; L. Idot, *Europe*, déc.2007, Etudes, n°22, p.5-11; note F. Levêque, «La décision du TPICE contre Microsoft: où est passée l'économie?», *RLC*, 2008, n°14, p.22-26; note C. Prieto, «La condamnation de Microsoft ou l'alternative européenne à l'antitrust américain», *D*, 2007, p.2884-2889. Sur cette

davantage d'harmonisation dans la mesure où de telles divergences engendrent des coûts parfois très élevés pour les entreprises qui en sont victimes<sup>179</sup>. L'administration Reagan s'illustre sur ce point en ouvrant une ère plus favorable à la liberté des entreprises. Pour les conservateurs<sup>180</sup>, la politique interventionniste mise en œuvre depuis les années du New Deal ne se justifie plus. La nouvelle administration au pouvoir considère que les idéologies institutionnalistes et structuralistes qui animaient jusque-là la politique de concurrence ont vécu: elles affaiblissent plus qu'elles ne renforcent la compétitivité des industries américaines par rapport à la concurrence internationale.

Pour que l'industrie américaine soit en mesure de supporter le poids de la concurrence asiatique ou européenne, il convient de refonder en profondeur la politique de concurrence à l'aune d'un nouveau paradigme plus libéral<sup>181</sup>. Et c'est précisément en ce qu'elles introduisent, sous ce rapport, plus de souplesse que les théories de Chicago font désormais autorité<sup>182</sup>. Ce courant, de même que les prescriptions autrichiennes et néo-institutionnalistes en matière de restrictions verticales se substituent aux anciennes idéologies de l'école de Harvard<sup>183</sup>. La Cour suprême entérine, dès 1977, cette nouvelle manière de voir<sup>184</sup>.

Les nouvelles orientations que connaît la politique antitrust ont des répercussions directes sur la politique européenne de concurrence. Les nécessités de la compétitivité internationale affaiblissent en partie la justification des idéologies structuralistes et ordolibérales<sup>185</sup>. Dans ces conditions, la politique européenne a pour effet de créer une rupture d'égalité entre les entreprises européennes et leurs concurrentes américaines ou asiatiques. D'un point de vue intellectuel, la perte d'influence des ordolibéraux semble de plus en plus manifeste: Walter Eucken qui en était le principal inspirateur, disparaît brutalement dans les années cinquante. Pour le remplacer sur la chaire qu'il occupait à Fribourg, F. Hayek, dont les vues sur la politique de la concurrence sont totalement différentes de celles de Eucken, est

---

question: E. MORGAN, S. McGUIRE, «Transatlantic divergence: GE-Honeywell and the EU's merger policy», *Jour. Eur.Public.Policy*, vol.11, 2004, p.39-56.

<sup>179</sup> A. HEINEMANN, «La nécessité d'un droit mondial de la concurrence», *RIDE*, 2004, p.293-324, *op.cit.*

<sup>180</sup> De même que pour une partie des démocrates qui, depuis, l'administration Carter initie le démantèlement des industries en réseaux: F. ROWE, «The decline of antitrust and the desilusions of models: the Faustian pact of Law and Economics», *Geor.Law.Journ*, 1983, p.1511-1559.

<sup>181</sup> X. BELLON, «Cent ans de politique antitrust aux Etats-Unis», *REI*, 1993, vol. 63, p. 10-24.

<sup>182</sup> M. A. EISNER, *Antitrust and the Triumph of Economics: Institutions, Expertise and Policy Change*, North Carolina Press, 1991, p.184-227.

<sup>183</sup> M. LAGUEUX, «Le néo-libéralisme comme programme de recherche et comme idéologie», *Cah.d'éco.polt*, n°16-17, 1989, p.129-152; K. DIXON, *Les évangélistes du marché: les intellectuels britanniques et le néo-libéralisme*, coll. «Liber», 2008.

<sup>184</sup> *Continental TV, inc V GTE Sylvania, inc*, 433 (U.S.), 23 juin. 1977

<sup>185</sup> Ce que reflète l'interprétation du Règlement 4064/89 du 21 déc.1989, JO, n° L 395, du 30 déc. 1989, cons. 7. J. COURATIER, «Fusions et acquisitions dans les industries en crise: une étude comparée de la législation sur la concurrence aux Etats-Unis et dans la CEE», *RMC*, 1988, n°319, p.396-406.

appelé. L'aura du discours autrichien supplante progressivement, en Allemagne, la domination ordolibérale. Hormis quelques auteurs, rares sont ceux qui défendent encore l'idée d'une politique interventionniste, ancrée dans l'idée d'une économie sociale de marché<sup>186</sup>.

Au sein de la Commission, le paradigme ordolibéral fait aussi l'objet de critiques<sup>187</sup>. Certes, le nouveau commissaire à la concurrence Karel Van Miert réaffirme son attachement à la protection du marché et des structures concurrentielles<sup>188</sup>. Dans le même temps, la contrainte imposée par la compétitivité internationale interroge: faut-il, alors que le droit antitrust est de plus en plus souple dans l'interprétation du droit de la concurrence, maintenir en Europe une politique interventionniste et, par la même occasion, pénaliser les industries de l'Union? Faut-il, dans une dynamique d'élargissement ininterrompue, faire perdurer le mécanisme de centralisation du règlement 17/62? Afin d'être mieux au clair sur l'ensemble de ces questions, le collège bruxellois commande un rapport d'expert sur le thème: *la politique de la concurrence dans le nouvel ordre commercial: renforcement de la coopération et des règles au niveau international*<sup>189</sup>. Si les experts font mention des divergences d'approches entre Européens et Américains, leurs conclusions s'orientent vers une harmonisation *a minima*<sup>190</sup>. Certains, dont le professeur Immenga, suggèrent, conformément aux prescriptions néo-institutionnalistes, d'assouplir la politique de concurrence en matière de restrictions verticales<sup>191</sup>. À l'unanimité cependant, les experts soutiennent qu'il y a lieu d'intensifier le rapprochement entre les autorités européennes et américaines de concurrence en vue d'harmoniser le plus possible les deux politiques. L'ensemble de ces réflexions n'entame pas pour autant l'attachement à la protection du marché

La décision *De Havilland* peut se lire comme le lieu d'affrontement d'idéologies rivales, l'une acquise à la protection du marché, l'autre favorable au rapprochement avec le droit antitrust. *Aérospatiale* et *Aliena*, sociétés respectivement françaises et italiennes,

---

<sup>186</sup> M. WOHLGEMUTH, «L'influence de l'économie autrichienne sur le libéralisme allemand», in P. NEMO, J. PETITOT, *Histoire du Libéralisme en Europe*, PUF, 2006, p.985-1030. Toutefois, certains auteurs restent attachés à la doctrine ordolibérale: W. MÖSCHEL, «Competition Policy from an Ordo point of view», in *German Neo-Liberals and the Social Market Economy*, A. Peacock & H. Willgerodt (ed.) 1989, p.142; M. NEUMANN, *Competition Policy*, E.E, 2001, p. 3.

<sup>187</sup> M. MONTALBAN, S. RAMIREZ-PEREZ, *et.al*, *EU Competition Policies revisited: Economic doctrines within European Political Work*, *Communication au congrès annuel de la Society for Advanced Socio-Economics (SASE)*, Paris, 16-18 juil.2009, p.1-41.

<sup>188</sup> XXV<sup>e</sup> *Rapport de la Commission européenne sur la politique de la concurrence*, Bruxelles, 1996, p.8-9; Commission européenne, *La politique de la concurrence dans le nouvel ordre commercial: renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, 1995, p.3-5.

<sup>189</sup> L. IDOT, «Les limites et le contrôle de la concurrence dans la perspective d'harmonisation internationale», *RIDC*, n°2, vol.54, 2002, p.371-399.

<sup>190</sup> Commission européenne, *La politique de la concurrence dans le nouvel ordre commercial: renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, *op.cit*, 1995, p.13.

<sup>191</sup> *La politique de la concurrence dans le nouvel ordre commercial*, *op.cit*, p.30-37.

envisagent en commun d'acquérir les actifs de la société *De Havilland*, filiale canadienne du groupe *Boeing*. Cette acquisition européenne sur le marché américain est jugée contraire à l'article 2§3 du règlement de 4064/89 sur les concentrations au motif qu'elle a pour effet d'empêcher l'entrée de nouveaux concurrents potentiels sur le marché aéronautique. Pourtant fondée sur une justification économique d'inspiration structuraliste, cette décision est doublement critiquée: par certains États membres, la France et l'Italie notamment, qui jugent la politique de l'Union trop «zélée», en ce qu'elle ne tient pas compte des intérêts stratégiques d'une politique industrielle à l'échelle européenne<sup>192</sup>; par une doctrine économique qui reproche l'orientation essentiellement structuraliste de la politique de concurrence<sup>193</sup>.

Du point de vue du commissaire Brittan «*ce qui était important n'était pas que la fusion ait été compromise, mais plutôt que la Commission se soit montrée capable de résister aux pressions politiques d'où qu'elles viennent*»<sup>194</sup>. Pourtant, cet épisode sert d'argument aux détracteurs d'une politique de concurrence fondée sur la protection du marché<sup>195</sup>. À la suite de l'épisode *De Havilland*, Van Miert, successeur de Léon Brittan, annonce une modernisation des instruments de la politique de concurrence, notamment en matière de restrictions verticales<sup>196</sup>.

Ce choix n'est, on l'a vu, pas exclusivement déterminé par la prédominance des idées néolibérales. Nombre d'antagonismes sur l'orientation de la politique de la concurrence existent entre les DG concurrence, industrie et commerce international<sup>197</sup>. C'est aussi pour y

---

<sup>192</sup> Déc. Commission, 2 oct.1991, *Aerospatiale-Alenia c/ De Havilland*, 91/619/CEE, JO, L 334, du 5 déc. 1991, p.42-61; H. DUMEZ, A. JEUNEMAÎTRE, «La France, l'Europe et la concurrence. Enseignements de l'affaire *ATRC/Havilland*», *Commentaires*, n°57, 1992; L. BRITTAN, *European Competition Policy. Keeping the Playing Field Level*, Londres, Brasseys, 1992.

<sup>193</sup> F. JENNY, «Droit européen de la concurrence et efficience», *REI*, *op.cit.*

<sup>194</sup> J. JOANA, A. SMITH, *Les commissaires européens. Technocrates, diplomates ou politiques?* Presses de Sciences Po, 2002, p.129. Les auteurs soulignent que dans d'autres affaires, le collègue s'est opposé aux décisions de Brittan.

<sup>195</sup> Bien que cette politique structuraliste n'aboutisse pas systématiquement à sanctionner toute opération de concentration: Déc. Commission, *Aéropatiale/MBB*, 25 févr.1991, IV/M.0017, JO, n° C 59 du 8 mars. 1991; Déc. Commission, 8 févr.1991, *Fiat Geotech/ Ford New Holland*, IV/M.9, JO, n° C 118 du 3 mai. 1991; Déc. Commission, 2 sept.1991, *Digital/Philips*, IV/M.129, JO, n° C 235 du 10 sept.1991

<sup>196</sup> Karel VAN MIERT, «The Competition Policy of the New Commission», Bruxelles, *Discours*, 11 mai.1995, <http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches>; A. JACQUEMIN, «Concentration industrielle et politique de concurrence européenne», in *Mélanges en l'honneur de C. Champaud*, Dalloz, 1997, p.383-396; I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique, l'exemple du traitement des restrictions verticales par le droit communautaire et américain de la concurrence*, Thèse, Strasbourg, 2004, p. 24.

<sup>197</sup> H. DUMEZ, A. JENEMAÎTRE, *La concurrence en Europe. De nouvelles règles du jeu pour les entreprises*, Seuil, 1991, p.264-267; J. De BANDT, «Politiques industrielles et de la concurrence: quelles priorités quelles combinaisons?», *REI*, 1993, vol.63, p.207-221; A. JACQUEMIN, «La dimension externe de la politique européenne de concurrence», *REI*, 1993, vol.63, p.272-281; O. SAIN-MARTIN, «L'anti-politique industrielle de l'Union européenne», in L. CARTELIER, J. FOURNIER, *et.al*, *Critique de la raison communautaire*, Paris, Economica-Ciriec, 1996, p.181-202; P. GEOFFRON, *La politique de la concurrence européenne: du libre-*

remédier que Van Miert choisit de réexaminer les orientations de la Commission en la matière<sup>198</sup>. La volonté de réforme est à nouveau affirmée dans une allocution du commissaire à la concurrence à Bruxelles en mai 1995. S'exprimant sur l'application des articles 85 et 86 Van Miert considère que le paradigme ordolibéral sur lequel s'est construite la politique européenne de concurrence doit être réadapté aux réalités économiques contemporaines<sup>199</sup>. La Commission entame déjà en ce sens, un certain nombre de discussions avec les autorités américaines<sup>200</sup>. Léon Brittan avait initié à ce titre un comité de réflexion composé d'experts chargé de proposer la formulation de règles communes<sup>201</sup>.

Selon Van Miert, la modernisation de la politique de concurrence doit prendre deux directions: la réforme des procédures relevant de l'article 85 d'une part et, d'autre part, le redéploiement des interventions de la Commission sur des litiges plus significatifs. À l'approche juridique traditionnelle qui raisonne en termes de «*liberté de commerce*» ou d'analyse des clauses contractuelles<sup>202</sup>, la Commission propose une approche plus *économique*, proche des réalités du marché<sup>203</sup>. Le discours sur la «modernisation» des

---

échange à la libre concurrence, in E. COHEN, J-J. LORENZI (dir.), *Politiques industrielles pour l'Europe*, Paris, La documentation française, 2000, p.371-382.

<sup>198</sup> Au sein même du collège de la Commission, ne règne pas toujours une unanimité absolue. Les décisions les plus sensibles ne sont pas adoptées unilatéralement par la DG concurrence; elles sont discutées au sein du collège, d'où ressortent nombre de clivages nationaux et idéologiques sur la politique de la concurrence. Pour une telle analyse: M. CINI, L. MCGOWAN, *Competition Policy in the European Union*, *op.cit.*, p.44-54; C. LEQUESNES, «La Commission européenne entre autonomie et dépendance», *RFSP*, vol.46, 1996, p.389-408; S. MAZEY, J. RICHARDSON, «La Commission européenne: une bourse pour les idées et les intérêts», *RFSP*, vol.46, 1996, p.409-430.

<sup>199</sup> K. VAN MIERT, «The Competition Policy of the New Commission», Bruxelles, 11 mai.1995, *op.cit.*

<sup>200</sup> Un réseau informel d'experts américains, japonais et européens se met en place dans ce cadre, in X<sup>e</sup> *Rapport de la CEE sur la politique de la concurrence*, Bruxelles, 1981, p.51-56; IX<sup>e</sup> *Rapport de la Commission CEE sur la politique de la concurrence*, Bruxelles, 1980, p.39-40; XV<sup>e</sup> *Rapport de la Commission CEE sur la politique de la concurrence*, Bruxelles, 1985, p.27-29; XVI<sup>e</sup> *Rapport de la Commission CEE sur la politique de la concurrence*, Bruxelles, 1987, p. 31-35; XVII<sup>e</sup> *Rapport de la CEE sur la politique de la concurrence*, Bruxelles, 1988, p. 29-30; XX<sup>e</sup> *Rapport de la Commission CEE sur la politique de la concurrence*, Bruxelles, 1992, p. 75-77.

<sup>201</sup> J-F. PONS, *discours prononcé à Rome* le 21 nov.1995, «Règles, Institutions et relations internationales: politique de la concurrence et développement des échanges: pour un renforcement significatif de la coopération», <http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches>. Le comité d'experts est composé entre autres par, F. JENNY, U. IMMENGA et E-U PETERSMANN.

<sup>202</sup> K. VAN MIERT, «Europe in 2000: the Challenge of market and competition policy», University Institute Florence, 1997, <http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches>. Pour une analyse de cette question: C-T. BARREAU, «Le rôle du droit de la concurrence en droit communautaire», in P. HASSENTEUFEL, S. HENNION-MORAU (dir.), *Concurrence et protection sociale en Europe*, PUR, 2003, p.15-40.

<sup>203</sup> *Rapport de la Commission CEE sur la politique de la concurrence*, Bruxelles, 1992, p.75-77. Sur l'ancien système: Règlement n° 67/67 du 22 mars.1967, concernant l'application de l'article 85 § 3 du traité à des catégories d'accord d'exclusivité, JO, n° 057 du 25 mars.1967, p.849; règlement n° 1983/83 du 22 juin.1983 concernant l'application de l'article 85§3 du traité à des catégories d'accords de distribution exclusive, JO, n° L 281 du 13 janv.1983, p. 24; règlement n° 1984/83 du 22 juin.1983 concernant l'application de l'article 85§3 du traité à des catégories d'accords d'achats exclusifs, JO, n° L 281 du 13 oct. 1983; règlement n° 4087/88 du 30 nov.1988 concernant l'application de l'article 85§3 du traité à des catégories d'accords de franchise, JO, n° L 359 du 28 déc. 1988; règlement n° 123/85 du 12 déc.1984, concernant l'application de l'article 85§3 du traité CEE à des catégories d'accords de distribution et service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles, JO,



instruments de la politique de concurrence est érigé en une nécessité indispensable. Au «formalisme» du règlement 17/62, il est préféré un cadre jugé plus conforme à «*l'analyse économique*». Le 16<sup>e</sup> rapport annuel de la Commission indique qu'il y a lieu de «*recourir à des exigences accrues en matière d'analyse économique (...) Ces exigences s'imposent à l'ensemble de la politique de concurrence: restrictions de concurrence verticales et horizontales, concentrations, cas d'application de l'article 90 et contrôle des aides d'État.*» Un livre vert sur les restrictions verticales, dénonce «l'effet de corset» des règlements antérieurs<sup>204</sup>.

La Commission propose sur ce constat de rompre avec le carcan administratif de la notification préalable du règlement 17/62<sup>205</sup>; à la place, Bruxelles envisage un système d'exemption légale: n'est désormais répréhensible qu'un certain nombre de clauses expresses (clauses noires ou rouges par exemple). *A contrario*, le nouveau système envisagé octroie une marge de liberté accrue aux entreprises. Dans un souci de simplification administrative, l'instauration d'un guichet unique est proposée dans le domaine des concentrations<sup>206</sup>. À vrai dire, ces différentes réformes, si elles prétendent se rapprocher de «*l'analyse économique*», sont essentiellement de nature administrative. Les fondements idéologiques censés animer sur le fond la réforme de la politique de concurrence ne sont toutefois pas précisés. Vers quelle nouvelle idéologie se tourner? Convient-il d'en diffuser le contenu à l'ensemble des pratiques anticoncurrentielles? De quelle manière dissocier l'interprétation fondée sur «*l'analyse économique*» d'un autre type de justification? Autant de questions qui ne sont pas encore véritablement tranchées au sein même du collège bruxellois. Ce contexte de mutation reflète l'état de la jurisprudence.

---

n° L 145 du 29 juin.1995, p. 25; règlement n° 1475/95 du 28 juin.1995, concernant l'application de l'article 85§3 du traité à des catégories d'accords de distribution et de service de vente de véhicules automobiles, JO, n° L 145 du 29 juin. 1995, p. 25.

<sup>203</sup> Pour un point de vue sur la question: L. VOGEL, «Les règlements d'exemptions «nouvelle génération», *RCC*, janv. 2005, p. 2-7.

<sup>204</sup> *Livre vert sur la politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales*, Bruxelles, CE (2000); L. VOGEL, «Les règlements d'exemptions «nouvelle génération», *RCC*, janv. 2005, *op.cit.*

<sup>205</sup> Communication de la Commission sur l'application des règles de concurrence aux restrictions verticales, COM/98/0544, JO, n° C 365 du 26 nov.1998, p. 3.

<sup>206</sup> Règlement CE, n° 1310/97 du Conseil du 30 juin.1997, JOCE, L 180 du 9 juil. 1997, p. 1.

## **Paragraphe 2:** La réorientation de la politique de concurrence, source de divergences entre les interprètes

Déduire des mutations évoquées que la jurisprudence et la pratique décisionnelle s'y seraient, du jour au lendemain, ralliées serait une erreur. Un temps de latence, qui traduit une lutte d'influence entre partisans favorables à une réforme et ceux défendant le *statu quo* s'écoule. L'objectif primordial demeure avant tout l'achèvement du marché intérieur (A). Mais c'est surtout l'ébranlement du contrôle juridictionnel qui donne le mieux la mesure de l'effritement du consensus idéologique sur la finalité de la politique européenne de concurrence entre les interprètes (B).

### A- L'achèvement du marché intérieur

Depuis la fin des années quatre-vingt, la pratique décisionnelle de la Commission recourt de plus en plus à une terminologie économique. Quand bien même ils feraient usage de cette terminologie, la priorité des interprètes est d'abord tournée vers l'achèvement du marché intérieur. La décision *Verre plat* en constitue une illustration<sup>207</sup>. Des entreprises italiennes spécialisées dans la fabrication de verre ont fixé de manière presque concomitante des prix de vente quasi identiques. Dans le but d'appréhender l'infraction sous l'angle des articles 85 et 86 du traité de Rome, la Commission fait appel à un argument économique<sup>208</sup>: étant donné que les pratiques constatées ne s'expliquent ni par la structure oligopolistique du marché, ni même par un ensemble de conditions objectives clairement définies, elle est qualifiée de «pratique concertée».

Ce mode de justification est en phase avec la jurisprudence antérieure. Depuis l'affaire *Matière Colorantes*, la qualification de «pratique concertée» est mise en œuvre dès l'instant qu'un parallélisme concerté est susceptible d'être établi<sup>209</sup>. Dit autrement, il faut apporter la

---

<sup>207</sup> Déc. Commission, 7 déc.1988, *Verre plat*, 89/93/CEE, JO, L 33 du 4 févr. 1989, p.44-73

<sup>208</sup> Sur la question des argumentaires économiques et de leur usage, v. Chapitre 2, Seconde partie infra.

<sup>209</sup> CJCE, 14 juil.1981, *Züchner*, aff. 172/80, Rec. 1981, p.2021; Déc. Commission, 19 déc.1990, *ICI/ Solvay*, 91/297/CEE, JO, n° L 152 du 15 juin. 1991, p.1-15; Déc. Commission, *PVC-LDPE* du 21 déc.1988, 89/190/CEE, JO, L 74 du 17 mars. 1989, p.1-20; Déc. Commission, 28 oct.1988, *Hudson's Bay*, 88/587/CEE, JO, n° L 316 du 23 nov. 1988, p.43-49; Déc. Commission, 2.août.1989, *Treillis Soudés*, 89/515/CEE, JO, n° L

preuve que le parallélisme observé a pour effet de réduire l'indépendance du comportement des entreprises poursuivies; pour cela, point n'est besoin d'en avoir la certitude d'un point de vue économique: il suffit de démontrer que la pratique examinée ne résulte pas du jeu «normal» de la concurrence. Ce qui revient à avancer, par un faisceau d'indices «graves» «concordants», que les entreprises poursuivies ne se sont pas comportées comme elles le devraient par référence au modèle de concurrence pure et parfaite.

La décision *Verre Plat* va toutefois plus loin. En plus de la qualification de pratique concertée, elle introduit, sur le fondement de l'article 86, celle «d'abus de position dominante collective»<sup>210</sup>. À nouveau, la Commission invoque un argument économique: si, comme le prouve en l'espèce la structure très concentrée du marché du verre plat, les entreprises sont naturellement conduites à échanger des informations entre elles, alors la qualification «d'abus de position dominante collective» s'impose, pour ainsi dire, d'elle-même<sup>211</sup>. Avec cette nouvelle qualification, la Commission franchit un pas supplémentaire dans le lien de dépendance qu'elle entretient vis-à-vis de «l'analyse économique».

Mais encore faut-il que les arguments sur lesquels elle s'appuie s'inscrivent dans le courant dominant. Or la théorie structuraliste<sup>212</sup> sur laquelle se fonde la Commission est de plus en plus contestée dans le champ de la politique de concurrence<sup>213</sup>. La position dominante

---

260 du 6 sept. 1989, p.1-44; Déc. Commission, 19 déc.1989, *Betteraves à sucre*, 90/45/CEE, JO, n° L 31 du 2 févr. 1990, p. 32-45; Déc. Commission, *Carton*, 13 juil.1994, 94/601/CEE, JO, n° L 243 du 19 sept. 1994, p.31; Déc. Commission, *PVC*, 27 juil.1994, 94/599/CEE, JO, n° L 239, du 14 sept. 1994, p.14. Cette évolution de la jurisprudence va vers la caractérisation d'une infraction unique: CJCE, 8 juil. 1999, aff. C-49/92, *Commission c/ Anic*, Rec. 1999, p. I-4125, pts.132-133.

<sup>209</sup> TPI, 24 oct.1991, *Rhône-Poulenc c/ Commission*, aff.T-4/89, Rec. II, p. 1034; *Petrofina c/ Commission*, aff. T-2/89, Rec. II, p.1091; TPI, *Atochem c/ Commission*, aff.T-3/89, rec. II, p.1180; TPI, 17 déc.1991, *BASF c/Commission*, aff.T- 4/89, Rec. II, p.1523; *Enichem Anic c/ Commission*, aff. T-6/89, Rec. II, p. 1623; *Hercules Chemicals c/ Commission*, aff.T-7/89, Rec. II, p.1711; *DSM c/ Commission*, aff.T-8/89, Rec.II, p.1833; TPI, 10 mars.1992, *Hüls c/ Commission*, aff.T-9/89, Rec.II, p. 499; *Hoechst c/ Commission*, aff. T-10/89, Rec.II, p. 629; *Shell c/ Commission*, aff. T-11/9, Rec.II, p.757; *Solvay c/ Commission*, aff.T-12/89, Rec. II, p.907; *ICI c/ Commission*, aff.T-13/89, Rec. II, p. 1021; *Montedipe c/ Commission*, aff.T-14/89, Rec. II, p.1155; *Chemie Linz c/ Commission*, aff.T-15/89, Rec. II, p.1275; TPI, 6 avr.1995, *Gustave Boel c/ Commission*, aff.T-142/89, Rec. II, p.867; *Sté Métallurgique de Normandie c/ Commission*, aff.T-147/89, Rec. II, p.1057; *Tréfilunion c/Commission* aff. T-148/89, Rec. II, p. 1063, *Sté des Treillis et Panneaux Soudés c/ Commission*, aff.T-151/89, Rec. II, p. 1191, note, L. Idot, «Une nouvelle évolution de la notion d'entente en droit communautaire», *Europe*, déc.1991. Bien que certaines divergences existent entre la Cour et la Commission s'agissant de la catégorie de «pratique concertée». Sur cette question: G. STIGLER, «A theory of Oligopoly», *Journ.Pol.Eco*, vol. 72, n° 1, 1964, p. 44-61; P. LAURENT, «Qualification et prevue de la pratique concertée», *CCC*, mars.1992, p.1-2; C. Le BERRE, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Thèse Paris X, 2006, p. 254-333.

<sup>210</sup> Pour un point de vue exhaustif sur la question: S. CRISTIN-BELMONT, *Essai sur la position dominante collective en droit communautaire*, Presses Universitaires du Septentrion, 1999.

<sup>211</sup> La catégorie sera à nouveau consacrée dans une affaire mettant aux prises des armateurs français et africains: Déc. Commission, *Comités armatoriaux franco-ouest-africains*, 92/262/CEE, JO, n° L 134 du 18 mai. 1992, p.1-35; Déc. Commission, 23 déc. 1992, *CEWAL*, 93/82/CEE, JO, n° L 34 du 10 févr.1993, p.20-43.

<sup>212</sup> Par ex, D. TURNER, K. KAYSEN, *Antitrust Policy, An economic and legal analysis*, Harv univ Press, Cambridge, 1959, p.142-188.

<sup>213</sup> O. WILLIAMSON, *Markets and Hierachies: Analysis and antitrust implications*, New York, Free Press, 1983. Pour une discussion des critères jurisprudentiels d'un point de vue économique: M. SCHÖDERMEIER,

collective ou la pratique concertée soulèvent de délicats problèmes d'appréciation de comportements d'entreprises sur un marché oligopolistique<sup>214</sup>. Elle brouille en tout cas très fortement la distinction entre les deux catégories de même que l'homogénéité de son interprétation<sup>215</sup>.

Le Tribunal estime que la qualification de «pratique concertée» est démontrée, dès l'instant qu'une prise de contact entre entreprises a pour effet d'influencer le comportement qu'elles adoptent par la suite sur le marché<sup>216</sup>. Si elle adhère à cette justification, la Cour en recadre quelque peu les conditions d'application: la qualification de pratique concertée suppose d'une part la démonstration d'un élément matériel (hausse uniforme des prix par ex.); d'autre part, elle implique la démonstration du caractère délictueux du comportement<sup>217</sup>. Ainsi, la qualification de «pratique concertée» ou «d'abus de position dominante collective» est-elle pensée à l'aune de l'objectif plus général de réalisation du marché intérieur. Il convient à cet égard de décourager toute forme d'entente, qu'elle soit existante ou simplement probable quand bien même les justifications avancées seraient en porte-à-faux avec «l'analyse économique». Selon cette position traditionnelle, le Tribunal doit «(...) se prononcer sur ce qu'interdit l'article 85 paragraphe 1 et sur les preuves à cet égard et non les experts en économie»<sup>218</sup>.

---

«Collective dominance revisited: an Analysis of the EC Commission's New Concepts of Oligopoly control», *ECLR*, vol.11, n°1, 1990, p.28-34; B. RODGER, «Oligopolistic market failure: collective dominance versus Complex monopoly», *ECLR*, vol.16, n°1, 1995, p.21-29; T. SOAMES, «An analysis of principle of concerted practice and collective dominance: a distinction without difference?», *ECLR*, vol.17, 1996, p.24-39.

<sup>214</sup> TPI, 10 mars.1992, *Verre Plat*, aff.jtes. T-68/89, T-77/89, T-79/89, Rec. 1992, p.II-1403; TPI, 17 déc.1991, *DSM c/ Commission*, aff. T-89/89, Rec. 1991, p. II-1833; Déc. Commission, 17 févr.1992, *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, 92/157/CEE, JOCE, n° L 68 du 13 mars.1992, p. 19; TPI, 24 oct.1994, *John Deere/ Commission*, aff. T-34/92, Rec. p. II-905; CJCE, 28 mai.1998, *John Deere/Commission*, aff. 7/95 P, Rec. 1998, p. I-03175; Déc. Commission, 19 déc.1990, *ICI/ Solvay*, 91/297/CEE, JO, n° L 152 du 15 juin. 1991; TPICE, 15 mars.2000, *Cimenteries CBR e.a*, aff.jtes, T-25/95, Rec.2000, p.II-491, pt.1852; CJCE, 8 juil.1999, *Anic Partecipazioni*, aff.C42/92 P, Rec.1999, p.I-4125, pt.118. S'agissant des pratiques concertées la Commission tente de contourner les difficultés d'une démonstration économique par le recours à «l'infraction complexe»: I. LIANOS, «La confusion des infractions de l'article 81§1: quelques interrogations sur l'utilité de la notion d'infraction unique», *RTDE*, 2000, p.239.

<sup>215</sup> TPI, 24 oct.1991, *Rhône-Poulenc c/ Commission*, aff. T-4/89, Rec. II, p.1034; *Petrofina c/ Commission*, aff. T-2/89, Rec. II, p.1091; TPI, 17 déc.1991, *BASF c/Commission*, aff. T- 4/89, Rec. II, p.1523; *Enichem Anic c/ Commission*, aff. T-6/89, Rec. II, p. 1623; *Hercules Chemicals c/ Commission*, aff. T-7/89, Rec. II, p.1711, *op.cit.*

<sup>216</sup> TPI, 24 oct.1991, *Petrofina c/ Commission*, *op.cit.*; *Rhône Poulenc*, *op.cit.*

<sup>217</sup> CJCE, 8 juil.1999, *Commission c/ Anic Partecipazioni*, aff. C-49/92 P, Rec. I, p.4125, note M-C. Boutard-Labarde, *JCP G*, 1999, I-187; note L. Idot, *Europe*, oct.1999, comm. n°345, p.18-30; note C. Prieto, *JDI*, chron, 2000, p.500-503.

<sup>218</sup> In V. FAURE, *L'apport du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes au droit communautaire de la concurrence*, *op.cit.*, p. 426.

Sous les feux de la critique doctrinale<sup>219</sup>, l'interprétation de la position dominante collective évolue cependant dans le sens d'une plus grande conformité à «*l'analyse économique*»<sup>220</sup>. La Commission précise en ce sens que la position dominante collective suppose la réunion d'un marché oligopolistique à l'intérieur duquel les conditions de transparence et d'homogénéité facilitent un alignement de comportements assimilables à une action collective et résultant de «*liens économiques*». Ou encore, selon le Tribunal et de la Cour: «*une position dominante collective consiste pour plusieurs entreprises à avoir ensemble, notamment en raison de facteurs de corrélation existant entre elles, le pouvoir d'adopter une même ligne d'action sur le marché et d'agir dans une mesure appréciable indépendamment des autres concurrents, de leur clientèle, et finalement des consommateurs*»<sup>221</sup>. Les liens économiques, dont les effets conduisent les entreprises à adopter une même ligne d'action, paraissent donc au cœur de la qualification de «position dominante collective», comme l'illustre la jurisprudence *Deree*<sup>222</sup>. Outre la qualification d'abus de position dominante collective, la Commission introduit celle de «prix prédateur». Elle établit à cette fin un test inspiré de la doctrine structuraliste<sup>223</sup>. Néanmoins, ces différentes références au discours économique demeurent peu caractéristiques de l'interprétation du droit de la concurrence.

<sup>219</sup> Par ex: P. ANTUNE, L. MIGUEL: «Agreements and concerted practices under EEC competition law: is the distinction relevant?», *Yearbook of European Law*, 1991, p.57-77; P. LAURENT: «Qualification et preuve de la pratique concertée» CCC, mars.1992, p.1-2; P. F. PABLO: «Increasing Powers and increasing uncertainty: collective dominance and Pricing abuses», *Eur. L. Journ*, 2000, p.645-653.

<sup>220</sup> CJCE, 5 oct.1995, *Centro Servizi Spediporto Srl*, aff.C-96/94, Rec.I, p.2883; CJCE, 17 juin.1997, *Sodemare e.a c/ Regione Lombardia*, aff.C-70/95, Rec.I, p. 5335; TPI, 8 oct.1996, *Compagnie Maritime Belge Transports e.a c/ Commission*, aff.T-24/93, T-25/93, T-26/93, T-28/93, Rec. II-p.1201; TPI, 25 mars.1999, *Gencor c/ Commission*, Rec.II-1375, note E. Fox *ECLR*, 1999, p.334-336; note L. Idot *Europe* mai.1999, chron, n°6, p.4-7; note S. Poillot-Peruzzetto, CCC, 1999, n°116, p.20-21; E. GARCIA-ROSADO, «Pratiques anticoncurrentielles au sein des oligopoles: le lien entre les ententes et les abus de position dominantes», *RLC*, mai/juil.2005, p.139.

<sup>221</sup> TPI, 7 oct.1999, *Irish Sugar c/ Commission*, aff.T-228/97, Rec.II-p.2969, pt.46; CJCE, 31 mars.1998, *France c/ Commission*, aff.C-68/94 et C-30/95, Rec. I-p. 1375. Dans l'arrêt *Gencor*, le TPICE indique: «*Les membres d'un oligopole restreint (...) sont en mesure de prévenir leurs comportements réciproques et sont donc fortement incités à aligner leurs comportements sur le marché, de façon notamment à maximiser leur profit commun en restreignant la production en vue d'augmenter les prix. En effet dans un tel contexte, chaque opérateur sait qu'une action fortement concurrentielle de sa part, destinée à accroître sa part de marché (par exemple réduction de prix) provoquerait une action identique de la part des autres, de sorte qu'il ne retirerait aucun avantage de son initiative*», TPI, 25 mars.1999, *Gencor c/ Commission*, Rec. II-1375. La formulation est reprise dans, TPICE, 15 mars.2000, *Cimenteries CBR e.a*, aff.jtes T-25/95, Rec.2000, p.II-491, pt.1852; TPICE, 27 sept.2006, *GlaxoSmithKline*, Rec. 2006, p. II-2969

<sup>222</sup> CJCE, 28 mai.1998, *John Deere*, *op.cit.*

<sup>223</sup> CJCE, 3 juil.1991, *AKZO c/ Commission*, aff. 62/86, Rec. 1991, p. I-3359; R. RAPP, «Predatory pricing and entry deterring strategies: the economics of AKZO», *ECLR*, 1986, p.233-240; TPICE, 6 oct.1994, *Tetra PakII*, aff.T-83/91, Rec. 1994, II-P.755; CJCE, 14 nov.1996, aff.C-33/94 P, Rec. 1996, p.I-5951, pt.71, note L. Idot, *Europe*, 1997, comm. n°17. La qualification de prix prédateur est avérée lorsque le prix considéré est inférieur à la moyenne des coûts variables. On peut se reporter sur cette question à A-L. SIBONY, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, 2008, p. 481-492.

La loyauté des échanges constitue toujours pour les interprètes une référence idéologique de choix. L'arrêt *Akzo* illustre l'affirmation: «(...) l'article 86 du traité interdit à une entreprise dominante d'éliminer un concurrent et de renforcer ainsi sa position en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites. Dans cette perspective, toute concurrence par les prix ne peut, toutefois, être considérée comme légitime»<sup>224</sup>. Le terme de «concurrence par les mérites» s'entend d'un mode de rivalité résultant des efforts engagés par chaque concurrent. L'illégalité de refus de vente, de rabais, de ristournes, de prix excessifs, voire d'autres formes de restrictions possibles tire sa justification de ces principes généraux définis par référence à des comportements «loyaux»<sup>225</sup>. La prise en considération du discours économique ne doit donc pas occulter un versant, pour le coup, plus représentatif de la pratique du droit de la concurrence<sup>226</sup>. C'est ce que montre

<sup>224</sup> CJCE, 23 sept.1986, *AKZO Chemie c/ Commission*, op.cit, pt.70; TPICE, 30 janv. 2007, *France Télécom*, aff. T-340/03, Rec. 2007, p. II-107; CA Paris, 20 nov.2001, *Française des jeux*, BOCCRF, n° 2, du 31 janv. 2002

<sup>225</sup> Déc. Commission, 18 juil.1988, *Napier Brown c/ British Sugar*, 88/518/CEE, JO, n° L 284 du 19 oct. 1988, p. 41-59; Déc. Commission, 5 déc.1988, *BPB Industries PLC*, 89/221/CEE, JO, n° L 10 du 13 janv. 1989, p. 50-72; Déc. Commission, 21 déc.1988, *Magill TV guide c/ ITP, BBC, RTE*, 89/205/CEE, JO, n° L 78 du 21 mars. 1989, p. 43-51; Déc. Commission, *London European c/SABENA*, 88/589/CEE, JO, n° L 317 du 24 nov. 1988, p. 47-54; Déc. Commission, 10 févr.1999, *Ilmailulaitos c/ Furtssverker*, 1999/198/CE, JO, n° L 069 du 16 mars.1999, p.24-30; Déc. Commission, *Comités armatoriaux franco-ouest-africains*, 92/262/CEE, JO, n° L 134 du 18 mai.1992, p.1-35; Déc. Commission, 23 déc.1992, *CEWAL*, 93/82/CEE, JO, n° L 34 du 10 févr.1993, p.20-43; Déc. n°09-D-24, du 28 juil.2009, *relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques fixes dans les DOM*; CJCE, 11 avr.1989, *Ahmed Saeed Flugreisen*, aff.66/86, Rec. 1989, p. 803; TPICE, 12 déc.1991, *Hilti*, aff. T-30/89, Rec. p. II-1439; CA Paris, sect. H, 6 juil.1997, BOCCRF, n° 11/97; Cass.com, 15 juin.1999, Bull.civ.IV, n°128, p.106; CA Paris, sect. H, 19 mai. 1998; CA Paris, sect. H, 8 févr.2000, *pratiques mises en œuvre par ADP*, confirmé par: Cass.com, 7 janv.2004, Bull.civ.IV, n°5; CA Paris, sect. H, 21 mai.2002; CA Paris, sect. H, 15 nov.2005; TPI, 10 juil.1991, *Indépendant Television Publications c/ Commission*, aff. T-76/89, Rec. p.II-485; TPICE, 12 déc.2000, *Aéroports de Paris, c/ Commission*, aff.T-128/98, Rec. p.II-3929; TPI, 8 oct.1996, *Compagnie Maritime Belge Transports e.a c/ Commission*, aff. T-24/93, T-25/93, T-26/93, T-28/93, Rec.p.II-1201; CJCE, 16 mars.2000, *Compagnie Maritime Belge Transport e.a c/ Commission*, aff. 265/96, Rec.p.I-1442, note L. Idot, *Europe*, 2000, comm. n°143.

<sup>226</sup> Déc. Commission, 26 juil.1988, *Bloemenveilingen Aalsmeer*, 88/491/CEE, JO, n° L 262 du 22 sept.1988, p. 27-44; Déc. Commission, 12 déc.1988, *NBA*, JO, n° L 22 du 26 janv. 1989, p. 12-35; Déc. Commission, 11 juil.1988, *British Dental Trade Association*, 88/471/CEE, JO, n° L 233, du 23 août. 1988, p.15-24; Déc. Commission, 13 déc.1989, *Bayer AG*, 90/38/ CEE, JO, n° L 21 du 26 janv. 1990, p. 71-79; CJCE, 8 févr.1990, *Tipp-Ex GmbH c/ Commission*, aff. C-279/87, Rec. 1990, p. I-261; Déc. Commission, 19 déc.1989, *Betteraves à sucre*, 90/45/CEE, JO, n° L 31 du 2 févr. 1990, p. 32-45; Déc. Commission, *Viho c/ Toshiba*, 91/532/CEE, JO, n° L 287 du 17 oct.1991, p.39-43; Déc. Commission, 15 mai.1991, *Gosme c/ Martell-DMP*, 91/335/CEE, JO, n° L 185 du 11 juil. 1991, p. 23-30; Déc Commission, 25 mars.1992, *Eurochèque*, IV/30.717-A, JO, n° L 95 du 9 mars.1992, p. 50; Déc. Commission, 18 mars.1992, *Newitt Dunlop Slazenger Int*, IV/ 32.290, JO, n° L 131, du 16 mai.1992, p.32; Déc. Commission, 22 déc.1992, *Jahrundert-Vertrag*, 92/126/CEE, JO, n° L 50 du 2 mars.1993, p.14-26; Déc. Commission, 23 déc.1992, *Lagnese-Iglo GmbH*, 93/406/CEE, JO, n° L 183 du 26 juil.1993, p. 19-37; Déc. Commission, 5 févr.1992, *Industrie de la Construction aux Pays-Bas*, JO, n° L 92 du 7 avr. 1992, p. 1-30; TPI, 11 déc.1996, *Van Megen Sports Group BV c/ Commission*, aff.T-49/95, Rec. II, p. 1799; TPI, 19 mai.1999, *BASF Coating c/ Commission*, aff. T-175/95, Rec. II, p.1584; TPI, 19 mai.1999, *Accinauto c/ Commission*, aff.T-176/95, Rec. II, p.1584; TPI, 14 juil.1994, *Herlitz c/ Commission*, aff.T-66/92, Rec. II, p. 533; TPI, 14 juil.1994, *Parker Pen c/ Commission*, Rec. II, p. 549; CJCE, 19 avr.1988, *SPRL Louis Eraw-Jacquery c/ Sté Cooperative La Hesbigonne*, Rec. 1988, p. 1919. Pour une illustration récente: Déc. n°07-D-33, du 15 oct.2007, *relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom dans le secteur de l'accès à internet haut débit*, note P. Arhel, *RLC* 2008/1, n°965; Déc. n°07-MC-06, *relative à une demande de mesures*

toujours l'affaire *Saeed*, dans laquelle la Cour juge, s'agissant de la légalité de tarifs d'une entreprise en position dominante qu'«(...) *Un tel abus peut notamment être constaté, lorsque de tels tarifs imposés doivent être considérés comme des conditions de transport inéquitables soit à l'égard des concurrents, soit à l'égard des voyageurs*»<sup>227</sup>.

De façon analogue et conformément à la jurisprudence *Consten*, la Cour continue à faire dépendre l'examen d'un accord anticoncurrentiel des restrictions qu'il est susceptible d'apporter aux échanges<sup>228</sup>. Parallèlement, un contentieux autour de la catégorie «d'infrastructure essentielle» se développe<sup>229</sup>. Peu mentionnée de façon expresse, cette dernière catégorie se retrouve dans la jurisprudence ainsi que dans la pratique décisionnelle. Là encore, au nom de la *libre concurrence*, c'est à un contrôle de proportionnalité que se

---

*conservatoires présentée par la société Arrow génériques*; Déc. n°09-D-06 du 5 févr.2009, relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et expédia Inc dans le secteur de voyages en ligne, CA Paris, 23 févr.2010, *Sté Expédia*

<sup>227</sup> CJCE, 11 avr.1989, *Ahmed Saeed Flugreisen*, aff. 66/86, *op.cit*; CJCE, 13 juil.1989, *Tournier*, aff.jtes, 110/88, 241/88, 242/88, et 395/87, Rec. 1988, p.2521; CJCE, 14 nov.1996, *Tetra Pak II*, aff.C-333/94 P, Rec. 1996, p. I-5951; TPI, 12 déc.1991, *Hilti/Commission*, T-30/89, Rec. p. II-1439, pt 92, et TPI, 6 oct.1994, *Tetra Pak/Commission*, T-83/91, Rec. p. II-755

<sup>228</sup> TPI, 11 mars.1999, *Thyssen Stahl A.G c/ Commission*, aff. T-141/94, Rec. p. 769; TPI, 15 mars. 2000, *SA Cimenteries CBR e.a c/ Commission*, aff. T-25/95; T-26/95; T-30/95; T-31/95; T-32/95; T-34 à 39/95; T-42 à 46/95; T-48/95; T-50 à 65/95; T-68 à 71/95; T-87 et 88/95; T-103 et 104/95, Rec. II, p. 508; TPI 14 mai.1998, *Europa Carton c/ Commission*, aff. T-304/94, Rec. II, p. 873; CJCE, 11 déc.1980, *L'Oréal et SA L'Oréal c/ PVBA*, aff. 31/80, Rec. p. 3775; CJCE, 25 oct.1983, *Telefunken c/ Commission*, aff. 107/82; TPI, 27 févr.1992, *Vichy c/ Commission*, aff. T-19/91, Rec. II, p. 415; TPI, 12 déc.1996, *Groupement d'achat Edouard Leclerc c/ Commission*, aff. T-19/92, Rec. II, p. 1851; TPI 12 déc.1996, *Groupement d'achat E. Leclerc c/ Commission*, aff. T-88/92, Rec. II, p. 1967; TPI, 12 déc.1996, *BVBA Kruidvat c/ Commission*, aff. T-87/92, Rec. II, p. 1931; CJCE, 11 janv.1990, *Sandoz c/ Commission*, aff. 277/87, Rec. 1990 p. I-45, note J. Shaw, «The concept of an Agreement in the article 85 EEC», *Eur.L. Rev*, 1991, p.258-262. La notion «d'accord» se prête toujours elle aussi à une interprétation extensive: CJCE, 11 janv.1990, *Sandoz c/ Commission*, *op.cit*; TPI, 6 avr.1995, *Tréfileurope c/ Commission*, aff. T-141/89, Rec. II, p. 791; TPI, 6 avr.1995, *Gustave Boël c/ Commission*, aff. 142/89, Rec. II, p. 867; TPI, 6 avr.1995, *Ferriere Nord c/ Commission*, aff. T-143/89, Rec. II, p. 917; TPI, 6 avr.1995, *Cockerill c/ Commission*, aff. T-144/89, Rec. II, p. 947; Déc. Commission, 7 juin.2000, *Acides aminés*, JOCE, n° L 152 du 7 juin.2001, p. 24; Déc. Commission, 16 févr.1994, *Poutrelles d'acier*, 94/215/CECA, JOCE, n° L 116, du 6 mai. 1994, p. 1; TPICE, 11 déc.2003, *Minoan Lines*, aff.T-66/99, Rec. 2003, p.II-5515; CJCE, 18 sept.2003, *Volkswagen*, aff.C-338/00, Rec.2003, p.I-9198, pt.60. Sur les limites d'une telle interprétation extensive: TPICE, 26 oct.2000, *Bayer c/Commission*, aff.T-41/96, Rec.2000, p.II-3383, pt.69; CJCE, 6 janv.2004, *Bayer*, aff.jtes, C-2/01 et 3/01, Rec.2004, p.I-23, obs. L. Idot, *Europe* 2004, comm. n°84; obs. E. Claudel, *D.*, 2004, p.1970; CJCE, 13 juil.2006, *Volkswagen*, aff.c-74/04, Rec. 2006, p.I-6585

<sup>229</sup> *MCI Communication Corps and MCI Telecommunications corps. V. AT&T Co.*, 708 F. 2 d 1081, (1983); CJCE, 6 avr.1995, *RTE et ITP c/ Commission*, aff.jtes. C-241/91 P et C-242/91 P, Rec. 1995, p. I-743; CJCE, 26 nov.1998, *Oscar Bronner*, aff. C-7/97, Rec.1998, p. I-7791, note P. Treacy, «Essential facilities. Is the Tide turning?», *ECLR*, 1998, p.501-505; note L. Idot *Europe* janv.1999 comm. n°30, p.18-19; note S. Poillot-Peruzzetto, *CCC*, 1999, n°43, p.16-17; CJCE, 29 avr.2004, *IMS Health GmbH*, aff. C-418/01, Rec.p.I-5039, note L. Idot *Europe*, 2004, comm. n°214, p.27; *Concurrences*, n°2/2005, C. Priéto; Déc.n° 96-D-51, *Sté Héli-Inter Assistance* du 3 sept.1996, BOCCRF, 8 janv. 1997, p.3; CA Paris, 9 sept.1996, *Sté Héli-Inter assistance*, BOCCRF, 7 oct. 1997, p.692; Cass.com, 25 janv.2000, *Sté Héli-Inter*, obs. M. Malaurie-Vignal, *CCC*, 2000, n°4, p.14; CA Paris, 27 janv.1998, *EDF*, BOCCRF, 17 févr. 1998, p. 54. Pour une analyse de cette catégorie: G. DEZOBRY, *La théorie des facilités essentielles: essentialité et droit communautaire de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2009.

livrent les interprètes en vue de déterminer le caractère indispensable de l'infrastructure considérée<sup>230</sup>.

En somme, et jusqu'à la fin des années quatre-vingt-dix, les interprètes européens ne modifient pas fondamentalement les outils conceptuels dont ils se servent pour appliquer le droit de la concurrence. Au mieux, le contentieux des concentrations et, dans une moindre mesure, les situations d'oligopoles font davantage appel à des argumentaires économiques. L'importation de ces grilles de lecture reste circonscrite à des affaires précises. Elles ne heurtent nullement la réalisation politique du marché intérieur et c'est la raison pour laquelle le Tribunal et la Cour apportent leur concours à la politique menée par la Commission.

#### B- La protection de la concurrence et après? Les controverses autour d'une nouvelle idéologie justifiant la politique de la concurrence

La réalisation du marché intérieur par la protection de la concurrence n'est pas un absolu<sup>231</sup>. Admettre cette hypothèse, c'est encore admettre que le contenu de la politique de concurrence n'avait jamais été réellement défini indépendamment de la réalisation du marché intérieur. Fallait-il maintenir la protection de la concurrence comme moteur de la politique européenne? Prudente, la Commission entreprend une modification de la législation en matière de restrictions verticales dès la fin des années quatre-vingt-dix (a). Sous l'influence de la Cour et du Tribunal cependant, le mouvement de réforme s'accélère avec l'adoption du

---

<sup>230</sup> Déc. Commission, 21 déc.1988, *Décca Navigator System*, 89/113/CEE, JO, n° L 43 du 15 févr. 1989, p. 27-48; Déc. Commission, *London European c/ SABENA*, *op.cit.*; Déc. Commission, 26 juil. 1988, *Tetra Pak I c/ Commission*, 88/501/CEE, JO, n° L 272 du 4 oct. 1988, p. 27-46 confirmée par l'arrêt du TPI, 10 juil.1990, *Tetra Pak c/ Commission*, aff. T-51/89, Rec. 1990, p. II-309; CJCE, 3 mars.1988, *Allen and Hanburys Ltd*, aff. 434/85, Rec. 1988, p. 1245; Déc. Commission, 21 déc.1993, *Sea Containers c/ Stena Sealink*, 94/19/CE, JO, n° L 105 du 18 janv. 1994, p. 8-19. A côté de la théorie des infrastructures essentielles, la jurisprudence ainsi que la pratique décisionnelle renforcent l'opposabilité des règles de concurrence aux personnes publiques: CJCE, 21 sept.1988, *Van Eycke c/ ASPA*, aff. 267/86, Rec. 1988, p. 4769; CJCE, 5 oct.1988, *Alstel c/ Novasam*, aff. 247/86, Rec. 1988, p.5987; CJCE, 13 déc.1991, *RTT c/ GB-Inno-BM-SA*, aff. C-18/88, Rec. 1991, p. I-5941; CJCE, 17 nov.1993, *Reiff*, C-185/91, Rec. p. I-5801; CJCE, 9 juin.1994, *Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft*, C-153/93, Rec. p. I-2517, pt.14; CJCE 10 déc.1991, *Merci Convenzionali c/ Commission*, aff.C-179/90, Rec. p. I-4022; CJCE, 13 déc.1991, *RTT c/ GB-Inno-BM-SA*, aff. C-18/88, Rec. 1991, *op.cit.*; CJCE, 19 mai.1993, *Paul Corbeau*, aff.C-320/91, Rec. 1993, p.I-2533; CJCE, 27 avr.1994, *Commune d'Almelo*, aff.C-393/92, Rec.1994, p. I-1477; CJCE, 1 oct.1998, *Librandi*, aff. C-28/97, Rec. 1998, p. I-5955; CJCE, 5 oct.1995, *Centro Servizi Spediporto*, aff.C-96/94, Rec. p. I-2883; Déc. Commission, 21 déc.1993, *RØDBY*, 94/119/CE, JO, n° L 55 du 26 févr. 1994, p. 52-57; Déc. Commission, 14 janv.1998, *Flughafen Düsseldorf GmbH*, 98/388/CE, JO, n° L 173 du 18 juin. 1998, p. 45-53; Déc. Commission, 10 févr.1999, *Aéropports portugais*, 1999/199/CE, JO, n° L 69 du 16 mars. 1999, p. 31-39; Déc. Commission, 10 févr.1999, *Ilmailulaitos c/ Furtsverker*, 1999/198/CE, *op.cit.*; CJCE, 18 juin. 1991, *ERT/ DEP*, aff. C-260/89, Rec. 1991, p. I-2925

<sup>231</sup> A. KOMMINOS, I. FORRESTER, «Agenda de Lisbonne et le droit de la concurrence», *Concurrences*, n°3/2006, p.1-2. Le récent rapport de Mario Monti sur le marché unique met plutôt l'accent sur la protection du consommateur: M. MONTI, *Une nouvelle stratégie pour le marché unique au service de l'économie et de la société européenne*, 9 mai.2010, p.1-122, [http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti\\_report\\_final](http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final)



règlement 1/2003, puis de celui du 20 janvier 2004 en matière de concentration. Plus récemment, c'est l'interprétation de l'article 102 qui fait l'objet de débats. Le contenu de ces réformes n'emporte pas toujours l'adhésion de l'ensemble des interprètes (b).

a) La refonte du droit matériel: une réforme administrative, mais pas idéologique

La réforme actuelle du droit de la concurrence laisse penser qu'elle s'appuie sur une homogénéité d'intérêts favorables à un changement idéologique. Ainsi la Commission peut-elle compter sur le soutien d'États tels que la France ou l'Italie qui, pendant longtemps, ont réclamé une conciliation entre politique de concurrence et politique industrielle<sup>232</sup>. D'autres, comme la Grande-Bretagne, appliquent déjà, sur le modèle antitrust, une politique de concurrence plus souple<sup>233</sup>. Certaines entreprises trouvent dans la réforme en cours un intérêt majeur dans la mesure où elle leur donne davantage de liberté dans la mise en œuvre de leurs stratégies concurrentielles.

Enfin, le mouvement de «modernisation» comporte, pour la Commission elle-même, des avantages indéniables: en plus de renforcer la cohérence politique de son collègue, elle converge avec le système outre-Atlantique<sup>234</sup>. La réforme s'inscrit de plus, dans l'«analyse économique» dominante prescrite par les experts en politique de concurrence<sup>235</sup>. D'un point de vue administratif elle allège sans conteste les tâches administratives de la Commission. L'introduction des théories de Chicago consolide du reste l'image technocratique sur laquelle s'appuie depuis le début la politique de concurrence. À en croire la Commission, la modernisation de la politique de la concurrence paraît plus utile d'un point de vue social, mais aussi plus concrète. Plus utile, parce que proche des réalités économiques<sup>236</sup>; plus concrète

---

<sup>232</sup> N. KROES, «Industrial Policy and competition Law and policy», *Speech to the Fordham University School of Law*, 14 sept.2005, <http://europa.eu.press> release. Sur la position de la France: J. OUDIN, «Europe et mondialisation: l'espoir industriel», *Délégation du Sénat pour l'Union européenne, Rapport d'information*, 1998, n°462.

<sup>233</sup> G. BALDI, «Europeanising antitrust: British competition policy reform and Member State Convergence», *B.Jour.Po.Int.Rel.*, 2006, vol.8, p.503-518.

<sup>234</sup> V. par ex, la différence de traitement entre la concentration de *Boeing/ MDD*, in F. ROMANO, «La fusion Boeing/ MDD et l'accord conclu entre l'UE et les USA sur l'application des lois antitrust», *RDAL*, n° 45, 1998, p.509-520; E. MORGAN, S. Mc GUIRE, «Transatlantic divergence: GE Honeywell and the EU's Merger Policy», *Journ. Eur. Public. Policy*, 2004, vol.11, n°1, p.39-56.

<sup>235</sup> Sur la question de la domination des experts en droit de la concurrence: F. VAN WAARDEN, M. DRAHOS, «Courts and (epistemic) communities» in the convergence of competition policies», *Journ. Eur. Public. Policy*, 2002, vol.9, n°6, p.913-934; A. WIGGER, «Towards a markets-based approach. The privatisation and micro-economization of EU antitrust law enforcement», in H. OVERBEEK, H. Van APELDOORN, *et.al*, *The Transnational Politics of Corporate Governance Regulation*, London, Routledge, 2007, p.98-118.

<sup>236</sup> M. MONTI, Policy Competition and the consumer: what are the aims of competition policy? *Speech /02/79*, 6 févr.2002; M. MONTI, «Competition for Consumer's benefit», *Discours*, 22 oct.2004, in <http://europa.eu/comm/competition/speeches>

parce qu'au service du consommateur<sup>237</sup>. Par conséquent, l'orientation néolibérale de cette politique par référence aux théories de Chicago constitue un fait indéniable<sup>238</sup>. Cette thèse n'épuise cependant pas l'ensemble des mobiles qui la réforme actuelle.

À la vérité, il faudrait se garder de la lire comme un tout homogène. Avec du recul, on s'aperçoit que les idées qui viennent d'être schématisées à l'instant ne constituent qu'une lecture grossière d'un processus plus complexe. L'hypothèse qui sera avancée de préférence est que la modernisation du droit de la concurrence s'est faite par à-coups successifs et selon les contraintes exercées par d'autres acteurs sur la Commission. En effet, les critiques adressées tant par les milieux d'affaires que la doctrine aux services de la DG concurrence ne sont pas nouvelles: elles émergent, comme il a été dit, dans les années soixante-dix<sup>239</sup>. Ce qui renouvelle leur importance, c'est précisément les nouvelles contraintes qui président à la politique de concurrence. La réforme est d'abord guidée par des préoccupations administratives. Examinons plus avant ce premier argument.

Les restrictions verticales constituent en effet le premier chantier de réforme. Le nouveau règlement du 22 décembre 1999<sup>240</sup> crée un régime d'exception lequel bénéficie sous conditions à un certain nombre d'accords, ce qui laisse davantage de liberté aux entreprises. La tâche administrative des services de la DG concurrence n'en est que plus légère en théorie. Le nouveau système vient pallier ces différents problèmes<sup>241</sup>. Non sans mal, il faut le reconnaître, puisque l'Allemagne s'y oppose farouchement<sup>242</sup>. Il va sans dire malgré tout,

---

<sup>237</sup> Pour une illustration de ce discours: Commission européenne, *La politique de concurrence de l'Union européenne et le consommateur*, Luxembourg, Office des publications officielles de l'union européenne, 2005, 27.p. Pour une discussion sur la réforme de la politique de concurrence: L. ARCELIN, *Droit de la concurrence: les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire*, PUR, 2009; F. BRUNET, G. CANIVET, *Le nouveau droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2008.

<sup>238</sup> A. NÖLKE, A. WIGGER, «Enhanced Roles of Private Actors in EU Business Regulation and Erosion of Rhenish Capitalism: the case of antitrust Enforcement», *Journ.Common.Market.Studies*, 2007, vol.42, n°2, p.487-513.

<sup>239</sup> V. supra.

<sup>240</sup> Règlement (CE) n° 2790/99 du 22 déc.1999, JOCE, L 336 du 29 déc. 1999; règlement (CE) n°1215 du 10 juin.1999 modifiant le règlement n°19/65/CEE concernant l'application de l'article 81§3 du traité à des catégories d'accords et pratiques concertées, JO, L 148 du 15 juin.1999, p.1-4; L. IDOT, «Une facette de la modernisation du droit de la concurrence: les nouveaux règlements d'exemption», *LPA*, 1<sup>er</sup> févr.2005, p. 5; L. IDOT, «La réforme du droit antitrust en Europe: un an de pratique. A propos du colloque de Bruxelles des 10-11 mars 2005», *Europe*, 2005, n°4, p.6-9. Pour une position plus récente qui, elle, prend davantage en compte les gains d'efficacité: règlement U.E, n°330/2010 du 20 avr.2010, concernant l'application de l'article 101§3, du traité de l'Union européenne (TFUE) à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOUE n° L 102 du 23 avr.2010 entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin.2010; communication de la Commission, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE, n°C 130 du 19 mai.2010, p.1, pt.47; L. IDOT, «Apperçu du nouveau régime des accords verticaux», *Europe*, 2010, n°6 et 7, p.24 et p.6-11.

<sup>241</sup> Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 déc. 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JO L, du 4 janv. 2003, p.1

<sup>242</sup> Proposition de règlement du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité et modifiant les règlements (CEE) no 1017/68, (CEE) no 2988/74, (CEE) n 4056/86 et (CEE) no 3975/87, Préparation du Conseil "Compétitivité" du 26 novembre 2002 en vue d'un accord politique

qu'il allège considérablement la tâche de la Commission dont les services ne cessent, depuis le traité de Rome, d'être saturés de demandes de notifications<sup>243</sup>. La cause de cet engorgement résulte des élargissements successifs ainsi que de la création de l'espace économique européen. Ces deux facteurs étendent de façon mécanique le champ d'application du droit européen.

Sous l'empire du règlement 17/62, la Commission en était réduite à traiter davantage les demandes de notification qu'à détecter les ententes éventuelles<sup>244</sup>. On le voit, le règlement 2790/99 vient d'abord combler une carence administrative sérieuse<sup>245</sup>. Certes, il s'inspire des influences néo-institutionnelles concernant les accords verticaux. Mais, dans le même temps, il érige toujours la protection de la concurrence en objectif principal de la politique de concurrence<sup>246</sup>.

Le livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 101 et 102 TFUE procède d'une même logique: la protection du marché y est mentionnée comme l'objectif primordial de la politique de concurrence<sup>247</sup>. Aussi, l'interprétation de l'article 85 du traité de Rome au regard d'éventuels gains d'efficacité est-elle fermement écartée par la Commission<sup>248</sup>. Autant d'indices qui accèdent l'hypothèse selon laquelle les réformes entreprises sont principalement d'ordre administratif.

Dans le même ordre d'idées, le règlement 1/2003 doit permettre d'optimiser l'application des articles 101 et 102 TFUE sans que les services de la Commission ne soient débordés par ailleurs<sup>249</sup>. La «décentralisation» de l'article 101§3 CE, le renforcement de la primauté, le rôle des autorités et juridictions nationales doivent se comprendre sous cet

---

<sup>243</sup> Le régime du règlement 17/62 aboutissait, selon certaines estimations, à ce 50% des accords tombant dans le champ de l'article 101 ne soient pas notifiés; pour une analyse de cette question: J-P. EPITER, J. LUBECK, «Analyse critique de la politique de la concurrence communautaire», in E. COHEN, J.J. LORENZI (dir.), *Politiques industrielles pour l'Europe*, op.cit, p.383-398.

<sup>244</sup> J-P. EITER, J. LUBECK, «Analyse critique de la politique de la concurrence communautaire», op.cit; L. VOGEL, «Les règlements d'exemptions «nouvelle génération», *RCC*, janv.2005, p. 2-7.

<sup>245</sup> L. MCGOWAN, «Europeanization unleashed and rebounding: assessing the modernization of EU cartel policy», *Journ. Eur. Public. Policy*, 2002, vol.12, n°6, p.986-1004.

<sup>246</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, 200/C 291/01, cons.7; règlement (CE) n°1215/1999, op.cit; I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique. L'exemple du traitement des restrictions verticales par le droit communautaire et américain de la concurrence*, Thèse, Strasbourg, 2004, p.192-197; C. PRIETO, «La nouvelle politique de la Commission européenne en matière de restrictions verticales», in G. CANIVET, F. BRUNET, *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, LGDJ/Lextenso, 2008, p.126-127. Remarquons que les lignes directrices qui introduisent les gains d'efficacité en matière de concentration ne seront publiées qu'en avril 2004.

<sup>247</sup> *Livre Blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du traité CE*, 1999/C 132/01, JO du 12 mai.1999, p.1-33.

<sup>248</sup> *Livre Blanc*, op.cit, pts.56-57.

<sup>249</sup> Les réformes administratives sont clairement inspirées du New Public Management: M. CINI, L. MCGOWAN, *Competition Policy in European Union*, op.cit, p.7-9. Pour une explicitation de ces réformes par les services de la Commission: G. ROCCA, C. GAUER, «Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 81 et 82 du traité», *Competition Policy newsletter*, oct.1999, p.1-6.

angle<sup>250</sup>. Cette nouvelle architecture justifie que la Commission redéploie son action sur les infractions les plus significatives<sup>251</sup>. Les services de la Commission disposent dans ce cadre de coudées franches pour se concentrer sur la détection des infractions nuisibles. Il faut alors nuancer, du moins dans les premiers temps, l'influence idéologique qui s'exerce sur la Commission en matière de modernisation de la politique de concurrence. Partisane d'une introduction modérée de «*l'analyse économique*», la Commission s'en tient à des réformes minimales. Le substrat idéologique reste le même: la politique de la concurrence doit être orientée vers la protection du marché commun. La position des juridictions va dans le même sens jusqu'au revirement opéré par le Tribunal de première instance.

b) L'influence déterminante du Tribunal sur la réorientation idéologique de la politique de concurrence

L'angle contentieux permet de mieux saisir l'influence des juridictions européennes sur la réorientation idéologique de la politique de concurrence. En effet, le juge s'est, pendant longtemps, peu immiscé dans le contrôle des «appréciations économiques complexes» dont les argumentaires économiques utilisés par la Commission font partie<sup>252</sup>. En dehors de quelques affaires, notamment des *Matières colorantes*, *Continental Can*, ou *Pâte de bois II*, l'appréciation économique complexe fait l'objet d'un contrôle minimum<sup>253</sup>. Cette prise de position est justifiée en ce que la Cour estime qu'il n'est pas de son ressort de s'immiscer dans

---

<sup>250</sup> Depuis la jurisprudence *Sabam*, les juridictions nationales, hormis l'article 85§3, étaient habilités à connaître des articles 85 et 86 du traité de Rome; CJCE, 21 mars.1974, *SABAM/ BRT*, aff.127/73, Rec, p. 313

<sup>251</sup> *Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables*, mars.1998, doc. C 98 (35) final; OCDE, *Les ententes injustifiables*. Troisième rapport sur la mise en œuvre de la recommandation 1998, 2006, p.1-44; Communication de la Commission (CE), 20 avr.2004, *Une politique de la concurrence proactive pour une Europe compétitive*. Pour une discussion sur ce thème: M. BEHAR-TOUCHAIS, «Vers une réorientation de contrôle du Conseil de la concurrence sur les pratiques anticoncurrentielles les plus graves», in *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986*, Litec, 2007, p.81-89; G. DECOQ, «Vers une réorientation de contrôle du Conseil de la concurrence sur les pratiques anticoncurrentielles les plus graves», in *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986*, *op.cit.*, p.91-93; F. JENNY, «vers une réorientation de contrôle du Conseil de la concurrence sur les pratiques anticoncurrentielles les plus graves», in *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre, 1986, évolutions et perspectives*, *op.cit.*, p.73-74; p.95-98.

<sup>252</sup> CJCE, 13 juil.1966, *Consten et Grundig c/ Commission*, aff.C-56/64, Rec.1966, p.429

<sup>253</sup> CJCE, 14 juil.1972, *ICI c/ Commission*, aff.C-48/69, Rec.1972, p.619, concl. H. Mayras, présentées le 2 mai.1972, p.670; CJCE, 31 mars.1993, *Ahlström Osakeyhtiö e.a.c/Commission*, aff.C-89/85, Rec.1993, p.I-1307, concl. M. Darmon, présentées le 7 juil.1992, p.1449; CJCE, 17 janv.1984, *Vereniging ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen, VBVB, et Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels, VBBB c/ Commission*, aff. C43/82 et 63/82, Rec. 1984, p.19; CJCE, 11 juil.1985, *Remia c/ Commission*, aff. 42/84, Rec. p. 2545; TPI, 15 déc.1999, *Kesko Oy c/ Commission*, aff. T-22/97, Rec. p.II-3775; CJCE, 31 mars.1998, *France e.a c/ Commission*, aff. C-68/94 et C-30/95, Rec. p. I-1375; TPI, 25 mars.1999, *Gencor*, *op.cit.*; CJCE, 21 févr. 1973, *Continental Can Company c/ Commission*, aff. C-6/72, Rec.p. 215; CJCE, 21 févr.1973, *Kali& Salz et Kali Chemie*, aff. 19 et 20/74, Rec. p.499; TPICE, 14 déc.2005, *GE, Honeywell c/ Commission*, aff. T-210/01, Rec.2005, p.II-5575, obs, I. Girgenson, *RLC*, 2006/01, n°411.

l'orientation de la politique de concurrence, pourvu que cette dernière soit orientée vers la protection du marché. Une justification assez claire est à l'origine de ce choix: le droit de la concurrence fait naturellement appel à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans la mesure où, comme l'entendit un temps la jurisprudence administrative française, la contingence inhérente à l'interventionnisme économique impose qu'il soit laissé à l'administration une marge de manœuvre adéquate<sup>254</sup>. L'appréciation de nature économique commande une certaine souplesse à l'action administrative. Tout contrôle juridictionnel n'est pas pour autant proscrit puisqu'en cas d'erreur manifeste, le juge est garant du respect de la légalité.

La Cour estime dans la jurisprudence *Remia*, que l'appréciation d'une clause anticoncurrentielle au regard de l'article 85 du traité de Rome n'oblige nullement la Commission à répondre à l'ensemble des points de faits et de droits soulevés par les parties, l'essentiel étant que la motivation de la décision rendue le soit de façon cohérente<sup>255</sup>. Bien qu'elle n'exige pas de répondre à l'ensemble des allégations de faits, la Cour oblige la Commission à mettre l'accent sur des points considérés comme «essentiels» à la cohérence de son raisonnement. Un certain nombre d'erreurs manifestes ont, en ce sens, été progressivement définies quant à la forme dans un premier temps: obligation d'effectuer un examen complet de la plainte<sup>256</sup>, obligation d'examiner la plainte dans un délai raisonnable<sup>257</sup>, incompétence et violation des formes substantielles au regard de l'article 263 TFUE<sup>258</sup>.

---

<sup>254</sup> A. De LAUBADERE, «Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat français», *Le juge et le droit public. Mélanges en l'honneur de Marcel Waline*, Pichon-Durand-Auzias-LGDJ, 1974, p.531-549; J. DELMAS-MARSALET, «Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat», *EDCE*, 1969, p.133-160; J-L. De CORAIL «La notion d'activité dans le domaine de l'administration économique: sa définition et son utilisation par le juge administratif», in *Mélanges en l'honneur de P. Couzinet*, Université de sciences sociales de Toulouse 1974, p.117-151; J-C. VENEZIA, «Sur le degré d'originalité du contentieux économique», in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges en l'honneur de Michel Stassinopoulos*, Paris, LGDJ 1974, p.147-164; D. SIMON, «Une théorie de l'intensité du contrôle juridictionnel est-elle possible?», *Europe*, 2000, chron n°4, p.3-5; H. LEGAL, «Le contentieux communautaire de la concurrence entre contrôle restreint et pleine juridiction», *Concurrences*, n°2/2005, p.1-2.

<sup>255</sup> CJCE, 7 janv.2004, *Alborg Portland e.a. / Commission*, aff. C-204/00 P, C-205/00P, C- 211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P, C-219/00 P, Rec. 2004, p.I-123; CJCE, 17 nov.1987, *British-American Tobacco Company Ltd et R. J. Reynolds Industries Inc. c/ Commission*, aff.jtes C-142 et 156/84, Rec. 1987, p. 4487, pt.62.

<sup>256</sup> TPICE, 24 janv.1995, *Ladbroke Racing GmbH c/ Commission*, aff.T-74/92, Rec.p.115, note M-C. Boutard-Labarde, «Devoirs de la Commission à l'égard des plaignants», *JCP G*, 1995, p.I-3831; note L. Idot, *Europe*, mars.1995, comm. n°108, p.15-16; TPI, 18 sept.1992, *Asia Motor*, aff.T-28/90, Rec.1992, p.II-2285

<sup>257</sup> TPICE, 10 juil.1997, *Guérin automobiles c/ Commission*, aff. T-38/96, Rec. p.II-1223; TPI, 10 juil.1990, *Automec c/ Commission*, aff.T-64/89, Rec. p.II-367; TPICE, 9 sept.1999, *UPS Europe SA c/ Commission*, aff.T-127/98, Rec. p.II-2633; TPICE, 14 févr.2001, *Trabisco c/ Commission*, aff.T-26/99, Rec. p.II-633

<sup>258</sup> CJCE, 8 févr.1969, *Mandelli c/Commission*, aff. C-3/67, Rec.p.36; CJCE, 15 sept.1982, *Kind e.a c/ CEE*, aff.C-106/81, Rec.p.2885; CJCE, 19 sept.2000, *Allemagne c/ Commission*, aff.C-156/98, Rec.I-p.6857; CJCE, 20 mars.1995, *Nold c/ Commission*, aff.C-18/57, Rec.p.91

Ce contrôle évolue dans un second temps par la confrontation des éléments de droit aux preuves factuelles<sup>259</sup>. La Cour juge dans l'examen de la «théorie de l'entreprise défaillante» que l'important n'est pas de savoir si cette théorie correspond rigoureusement aux canons économiques qui la définissent, mais d'examiner si «(...) *l'analyse s'y rapportant dans la décision [n'est] pas erronée et que, en définitive, les critères utilisés [ont] été correctement appliqués*»<sup>260</sup>. Des erreurs peuvent figurer dans le raisonnement de la Commission; pour autant, elles ne sont invalidées que si elles contredisent les conclusions qui en résultent.

La Cour et le Tribunal s'interdisent toutefois de substituer leurs propres appréciations à celle de la Commission. Ce choix n'est pas anodin dès lors que la protection de la concurrence est en totale adéquation avec l'objectif de réalisation du marché intérieur que la Cour et le TPIUE partagent amplement. L'avocat Tesauro le rappelle d'ailleurs très clairement<sup>261</sup>: les critères sur lesquels est examinée une opération de concentration doivent être appréciés à la lumière d'une conception: «*axée (...) essentiellement sur des considérations de protection de la concurrence*». L'arrêt *Gencor*<sup>262</sup> donne également la mesure de ce consensus en validant en tous points le raisonnement de la Commission fondé sur la protection du marché<sup>263</sup>. Les juges rappellent à cet égard leur attachement aux engagements de nature structurels<sup>264</sup>. Mais si elle bénéficie encore du soutien des juges, la politique structuraliste de la Commission est critiquée par les autorités antitrust. La décision d'interdiction de la fusion *GE/Honeywell* fait par exemple l'objet d'attaques virulentes quant à sa motivation économique. Les autorités fédérales accusent Bruxelles d'arrogance et d'incompétence manifeste<sup>265</sup>.

Dans ce contexte où se revendiquer de la conformité à «*l'analyse économique*», c'est faire preuve de rigueur argumentative, les juridictions vont néanmoins prendre la Commission

---

<sup>259</sup> Conclusions de l'avocat général K. Roemer présentées le 21 nov.1972, Rec.1973, p.254-268. Pour un raisonnement analogue: CJCE 21 févr.1973, *Continental Can*, aff.6/72; CJCE, 21 févr.1973, *Kali& Salz et Kali Chemie*, aff. 19 et 20/74, Rec. p.499

<sup>260</sup> Conclusions G. Tesauro, du 6 févr.1997, *France e.a c/ Commission*, Rec. I-1381, pt.51; v. de même, TPICE, 7 juil.1998, *ITT Promedia c/ Commission*, aff.T-111/96, Rec.p.II-2937, pt.131

<sup>261</sup> CJCE, 31 mars.1998, *France et Société commerciale des potasses et de l'azote et Entreprise minière et chimique c/Commission*, aff. C68/94 et C-30/95, Rec.1998, p.I-1375, note L. Idot, *Europe*, mai.1998, comm. n°168, p.15-16; note O. D'Ormesson, S. Kerjean, «Le développement de la pratique des engagements en matière de contrôle communautaire des concentrations: les apports récents de la Cour de justice en matière d'engagements», *RTDE*, 1998, p.487-488, note V. Korah, «Gencor v. Commission: collective dominance», *ECLR*, 1999, p.337-341.

<sup>262</sup> TPICE, 25 mars.1999, *Gencor Ltd c/ Commission*, Rec.1999, aff.102/96, p.II-753

<sup>263</sup> TPICE, 25 mars.1999, *Gencor c/ Commission*, *op.cit.*

<sup>264</sup> TPICE, *op.cit.*, pt. 319.

<sup>265</sup> Déc. Commission, 30 juil.2001, *General Electric/Honeywell*, 2004/134/CE, JO n°L 48 du 18 févr.2004, p.1-85, commentée par C. VELJANOVSKI, «EC Merger Policy after GE/Honeywell and Airtours», *Antitrust. Bull.*, 2004, n°153, p.93.

de cours<sup>266</sup>. Le Tribunal d'abord avec les jurisprudences *Airtours*, *Tetra Laval et Schneider*<sup>267</sup>; la Cour ensuite qui confirme le raisonnement du Tribunal en matière de concentration<sup>268</sup>. Dans ces trois affaires, les juges s'immiscent plus avant dans l'appréciation économique complexe avancée par la Commission. Il en résulte inéluctablement, une modification du degré de contrôle<sup>269</sup>.

L'arrêt *Airtours* s'attaque à la qualification de position dominante collective. *Airtours*, société de voyage, voulait acquérir les actifs d'une entreprise concurrente *First Choice*. L'acquisition fut cependant déclarée incompatible aux dispositions du règlement 4064/89. Selon une ligne d'interprétation traditionnelle, déjà tracée sous l'empire de ce règlement, la Commission justifie sa décision par le risque de position dominante collective susceptible d'en résulter. Pour cela, elle invoque la jurisprudence *Gencor*: «Une situation de position

---

<sup>266</sup> Pour une illustration de l'utilisation d'arguments économiques: Déc. 07-D-09 du 14 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire *GlaxoSmithKline France*; CJCE, 1<sup>er</sup> juil.2008, *Chronopost SA et la Poste c/ UFEX et autres*, aff. 341/06 P et C 342/06 P, Rec. 2008; CJCE, 20 juin.2006, *Showa Denk KK c/ Commission*, aff. C-289/04P, Rec. 2006, p. I-5859; CJCE, 28 mai.1998, *John Deree Ltd*, aff.C-7/95 P, Rec. 1998, p. I-311; TPICE, 9 sept.2008, *My Marverl Group plc c/ Commission*, aff. T-212/03, Rec.2008; TPICE, 11 juil.2007, *Alrosa Company Ltd c/ Commission*, aff. T-170/06, Rec. 2007, p.II-2601; TPICE, 11 juil.2007, *Schneider Electric SA c/ Commission*, aff. T-351/03, Rec.2007, p.II-2237; TPICE, 26 avr.2007, *Bolloré SA c/ Commission*, aff. T-109, 118, 122, 125, 126, 128, 129, 132, 136/02, Rec. 2007, p. II-947; TPICE, 30 janv.2007, *France Telecom SA c/ Commission*, aff. T-340/03, Rec. 2007, p. II-107; TPICE, 27 sept.2006, *Acide Citrique*, aff.T-59/02, Rec. 2006, p.II-3627; TPICE, 2 mai.2006, *02 Germany Gmbh c/ Commission*, aff. T-282/02, Rec. 2006, p. II-1231; TPICE, 23 févr.2006, *Cementbow Handel c/ Commission*, aff.T-282/02, Rec. 2006, p.II-319; TPICE, 14 déc.2005, *General Electric c/ Commission*, aff. T-210/01, Rec.2005, p.II-5575; TPICE, 3 avr.2003, *Petrolescence SA et SA SG2R c/ Commission*, aff. T-342/00; Rec. 2003, p.I-1161; TPICE, *Schneider Electric c/ Commission*, aff.T-342/99, Rec. 2002, p.II-2585; TPICE, 15 déc.1999, *Kesko Oy*, aff.T-22/97, Rec. 1999, p.II-3775

<sup>267</sup> TPI, 25 oct.2002, *Tetra Laval BV c/ Commission*, aff.T-5/02, Rec. p.II-4381; TPI, *Schneider Electric SA c/ Commission*, aff. T-310/01, Rec. p.II-4071; E. BARBIER De La SERRE, J. PEYRE, «Le contrôle du juge communautaire sur les décisions d'incompatibilité en matière de contrôle des concentrations: quelques perspectives ouvertes par les arrêts *Schneider* et *Tetra Laval*», *JCP E*, 2003, n°3, p.1-8.

<sup>268</sup> CJCE, 5 févr.2002, *Schneider c/ Commission*, Rec.2004, p.I-1389; CJCE, 15 févr.2005, *Tetra Laval c/ Commission*, Rec.2005, p.I-987

<sup>269</sup> TPICE, 6 juin.2002, *Airtours/Commission*, T-342/99; TPICE 22 oct.2002, *Schneider Electric/Commission*, T-310/01; TPICE, 25 oct.2002, *Tetra Laval/Commission*, T-5/02; TPICE, 3 avr.2003, *Babylls SA c/ Commission*, aff. T-114/02, Rec.2003, p.II-1279; TPICE, 3 déc.2003, *Volkswagen AG c/ Commission*, aff.T-208/01, Rec.2003, p.II-5141; TPICE, 21 oct.2003, *General Motors Nederland et Opel Nederland c/ Commission*, aff.T-368/00, Rec.2003, p.II-4491; TPICE, 13 janv.2004, *JCB Service c/ Commission*, Rec.2004, p.II-49; TPICE, 27 sept.2006, *Dresdner Bank c/ Commission*, Rec.2006, p.II-3567; TPICE, 3 avr.2003, *Royal Philips Electronic c/ Commission*, aff. T119/02, Rec.2003, p.II-1433; CJCE, 15 févr.2005, *Tetra Laval c/Commission*, Rec.2005, p.I-987; TPICE, 30 sept.2003, *Atlantic Container*, aff.jtes, aff.T-191/98, T-212 à T 214/98, Rec.p.II-3275. Pour une extension du contrôle en matière de clémence: TPICE, 15 mars.2006, *BASF*, aff. T-15/02; TPICE, 29 avr.2004, *Tokai Carbon c/ Commission*, aff. T-236/01, T-239/01, T-244/01; T-246/01; T-251/01; T-252/01, Rec.2004, p.II-1181. Sur l'ensemble de ces questions: C. Vilmart, «La remise en cause par le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes de la position dominante collective», *JCP E*, 2002, p.1209-1213; J-M. Thouvenin, «L'arrêt *Airtours* du 6 juin 2002: l'irruption du juge dans le contrôle des concentrations entre entreprises», *RMCUE*, 2002, p.482-485; H. Haupt, «Collective dominance under article 82 E.C and E.C Meger control in the Light of *Airtours* Judgment», *ECLR*, 2002, p.434-444; L. IDOT, «Nouvel épisode dans les affaires *Seb/Moulinexet Total/Fina/Elf* ou comment le Tribunal exerce son contrôle sur les décisions de renvoi et les décisions relatives aux engagements», *Europe*, 2003, juin, n°7, p.7-11; M. BAZEX, «Les interactions entre le droit et l'économie: l'exemple du contrôle par le juge administratif des opérations de concentration entre entreprises», in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p.139-151.

*dominante collective (...) peut donc intervenir à la suite d'une concentration lorsque, compte tenu des caractéristiques mêmes du marché en cause et de la modification qu'apporterait à sa structure la réalisation de l'opération, celle-ci aurait comme résultat que, prenant conscience des intérêts communs, chaque membre de l'oligopole dominant considérerait possible, économiquement rationnel et donc préférable d'adopter durablement une même ligne d'action sur le marché dans le but de vendre au-dessus des prix concurrentiels, sans devoir procéder à la conclusion d'un accord ou recourir à une pratique concertée au sens de l'article 81 CE, et ce sans que les concurrents actuels ou potentiels, ou encore les clients et les consommateurs, puissent réagir de manière effective»<sup>270</sup>.*

Idéologiquement motivé par la protection du marché, l'argument est censuré par le TPIUE<sup>271</sup>. À la place, c'est une nouvelle signification de la position dominante collective, présentée comme plus rigoureuse et conforme à «*l'analyse économique*», que pose le Tribunal. Les nouveaux standards de qualification appellent désormais la réunion de trois conditions cumulatives: que chaque membre de l'oligopole dominant connaisse le comportement des autres membres; que la situation de coordination puisse se maintenir dans la durée, ce qui suppose que les membres de l'oligopole dominant disposent à l'encontre d'éventuels resquilleurs de mesures de rétorsions; enfin, que la réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels, ainsi que des consommateurs, ne modifie en rien ladite coordination. La remise en cause de la politique de la Commission va toutefois plus loin. Les arrêts *Schneider* et *Tetra Laval* imposent de prouver plus amplement «l'effet» anticoncurrentiel d'une opération de concentration. La démonstration des risques anticoncurrentiels résultant d'une concentration doit s'appuyer, aux dires de la jurisprudence

---

<sup>270</sup> TPICE, *Airtours*, *op.cit.*, pt.61. Le même constat s'agissant de l'étendue du contrôle peut être fait en droit français depuis que la Cour de cassation fait référence à une approche par les «effets»: Cass.com, 29 juin. 2007, n°07-10.303, 07-10.354, 07-10.397. La Cour décide dans l'affaire des ententes en matière de téléphonie mobile: «Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher de façon concrète, comme elle y était invitée, si l'échange régulier, de 1997 à 2003, d'informations rétrospectives entre les trois entreprises opérant sur le marché, en ce qu'il portait sur certaines données non publiées par l'ART ou intervenait antérieurement aux publications de cette autorité, avait eu pour objet ou pour effet réel ou potentiel, compte tenu des caractéristiques du marché, de son fonctionnement, de la nature et du niveau d'agrégation des données échangées qui ne distinguaient pas entre forfaits et cartes pré-payées, et de la périodicité des échanges, de permettre à chacun des opérateurs de s'adapter au comportement prévisible de ses concurrents et ainsi de fausser ou de restreindre de façon sensible la concurrence sur le marché concerné, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision»; v. dans le même sens, Cass.com, 6. déc.2005, n° Y 04-19.541; Cass.com, 16 févr.2010, *France Télécom, Apple*, n°226 FS-D. Le Conseil n'est pas non plus de reste dans ce mouvement, v., CE, 31 juil.2009, *Sociétés FIDUCIAL AUDIT et FIDUCIAL EXPERTISE*, n° 305903, note M. Bazex, *DA*, janv.2010, comm. n°1.

<sup>271</sup> M. GLAIS, «L'application du règlement communautaire relatif au contrôle des concentrations: premier bilan», *REI*, 1992, vol. 60, p.94-115.



*Tetra Laval*, sur une «(...) analyse prospective de cette dernière [qui] doit, sans préjudice de sa marge d'appréciation, être particulièrement plausible» constituée «d'éléments solides»<sup>272</sup>.

En d'autres termes, la création – ou le renforcement – d'une position dominante doit être fondée sur un scénario «très probable»<sup>273</sup>. Il en découle par exemple, que le risque d'éviction de concurrents doit être prouvé à partir d'arguments économiques plus poussés, de même qu'il doit être tenu compte des théories comportementales dans l'appréciation des engagements<sup>274</sup>. Ces trois arrêts majeurs, rendus à l'initiative du Tribunal, modifient radicalement l'orientation des réformes menées depuis la fin des années quatre-vingt-dix en matière de politique de concurrence.

Il n'est pas sûr, comme on l'a vu, que la Commission ait voulu dès le départ, donner à sa politique plus de souplesse. La nouvelle réorientation suscite toutefois des partisans comme l'indiquent les différentes jurisprudences évoquées<sup>275</sup>. Le désaveu infligé à la Commission constitue en ce sens une contrainte de taille dans la réorientation de la politique de concurrence. Depuis le début, la stratégie technocratique de Bruxelles s'adosse sur le soutien des interprètes dans le but de justifier ses choix politiques. Le commissaire à la concurrence Mario Monti, annonce dans ces conditions, une réforme administrative et idéologique de la politique de concurrence.

Sur le modèle américain, un département économique est créé, qui a pour tâche d'assister la *Merger Task Force* de la Commission<sup>276</sup>. Cette mesure traduit la volonté pour la Commission d'intégrer de plain-pied un mode de justification économique<sup>277</sup>. Mario Monti souligne d'ailleurs dans son discours qu'il est nécessaire que la politique de la concurrence s'enracine plus profondément dans «l'analyse économique»<sup>278</sup>. Malgré ces discours apparents de réforme, la position de la Commission ne brille pas toujours par sa clarté: d'un côté, elle

---

<sup>272</sup> TPICE, *Tetra Laval c/ Commission*, 25 oct.2002, Rec.2002, p.II-4381, pt.162.

<sup>273</sup> Conclusions A. Tizzano, présentées le 25 mai.2004, sous, CJCE, 15 févr.2002, *Tetra Laval c/ Commission*, Rec.2005, p.I-987

<sup>274</sup> TPICE, *Tetra Laval c/ Commission*, *op.cit.*, pts.105-114; CJCE, 15 févr.2002, *Tetra Laval c/ Commission*, Rec. 2005, p.I-987, pt.86

<sup>275</sup> Pour une analyse détaillée de la question: J. GREENWOOD, *The Challenge of Change in EU Business Associations*, Palgrave, 2003.

<sup>276</sup> M. CINI, L. Mc GOWAN, *Competition Policy in European Union*, *op.cit.*, p.44-62.

<sup>277</sup> La Commission fait aussi régulièrement appel à des expertises extérieures, comme l'indique V. FAURE, in *L'apport du TPICE au droit communautaire de la concurrence op.cit.*, p.632-633.

<sup>278</sup> M. MONTI, *Fordham Annual Conference on International Antitrust Law and Policy*, New-York, 31 oct.2002, Speech/ 02/533. M. MONTI, «Merger Control in European Union: a radical reform», *European Commission/ IBA conference on EU Merger Control, Discours*, Brussels, 7 nov.2002, Speech/ 02/545. Les autorités nationales de concurrence suivent aussi le même mouvement et se dotent de services d'économistes; par ex pour la France: P. CHONE, «La place de l'analyse économique dans les questions de concurrence. Présentation du service économique du Conseil de la concurrence», *RLC*, 2007, n°13, p. 203-204.

érige la protection du consommateur en cheval de bataille de la «réforme»; d'un autre côté, la protection du marché s'impose toujours en pratique dans de nombreuses décisions<sup>279</sup>.

Le domaine des concentrations s'imprègne du nouveau contexte fondé sur l'efficience<sup>280</sup>. Le règlement 139/2004 introduit un critère d'évaluation qui substitue la protection du marché aux gains d'efficacité<sup>281</sup>. Plus conforme à «*l'évolution de la théorie économique*» et aux «*instruments économétriques*», le nouveau critère remplace celui fondé sur l'analyse des structures de marché<sup>282</sup>. La notion «d'entrave significative à la concurrence» «*devrait être interprétée comme s'étendant, au-delà du concept de dominance, seulement aux effets anticoncurrentiels d'une concentration résultant du comportement non coordonné d'entreprises qui n'auraient pas une position dominante sur le marché concerné*».

Cette référence aux «effets» est une autre manière d'introduire les «gains d'efficience» qui sont le pendant direct du critère d'«*efficiency defence*» utilisé outre-Atlantique<sup>283</sup>. D'après le règlement, la démonstration des gains d'efficience est laissée à la charge des entreprises<sup>284</sup>. La nouvelle tendance inspire aussi très nettement les nouvelles lignes directrices du §3 de l'article 101 TFUE<sup>285</sup>. Conformément aux doctrines de Chicago et néo-institutionnalistes<sup>286</sup>,

---

<sup>279</sup> Déc. Commission, 14 sept.2005, *Po/Thread*, aff. COMP/38.337, JO, C 21 du 26 janv.2008, p.10-14; Déc. Commission, 13 sept.2006, *Bitume Pays-Bas*, aff. COMP/F/38.456, JO, L 196, du 28 juil.2007, p.40-44; Déc. Commission, 3 mai.2006, *Peroxyde d'hydrogène et perborate*, COMP/F/C. 38.620, JO, L 353 du 13. déc.2006, p.54-59; Déc. Commission, 21 déc.2005, *Produits chimiques pour le traitement du caoutchouc*, COMP/F/C.38.443, JO, L 353 du 13 déc.2006, p.50-53; Déc. Commission, 20 oct.2005, *Tabac Brut*, COMP/C.38.281/B.2, JO, L 353 du 13 déc.2006, p.45-49; Déc. Commission, 17 juil.2009, *Pfizer, Wyeth*, n° COMP/M. 5476; Déc. Commission, 5 août.2009, *Lyonnaise des Eaux*, COMP/M. 5461

<sup>280</sup> Règlement n°139/2004 (CE) du Conseil, du 20 janv.2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO, C 20 du 28 janv.2003, p.4. Pour une position critique quant à l'application des gains d'efficacité du règlement 139/04: M. RAINELLI, «A propos du règlement européen n°139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises: une vision sceptique de la prise en compte des gains d'efficacité», *RIDE*, 2006, p.65-68; D. SPECTOR, «Will efficiencies ever matter in merger control?», *Concurrences*, n°4, 2007, p.20-27; D. SPECTOR, «Les nouveaux critères d'appréciation du contrôle communautaire des concentrations», in F. BRUNET, G. CANIVET, *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, *op.cit.*, p.623-698.

<sup>281</sup> Livre vert, *op.cit.*, pts.159-172. Pour une discussion de ce thème: A. PERROT, «Les gains d'efficacité: une situation contrastée», in *Les évolutions récentes de l'analyse des concentrations: effets unilatéraux et gains d'efficacité*, *RCC*, n°137, 2004; P. REY, «Analyse économique des effets unilatéraux», *RCC*, n°137, 2004, *op.cit.*

<sup>282</sup> Livre vert, *op.cit.*, pt.163.

<sup>283</sup> F. BRUNET, I. GIRGENSON, «La double réforme du contrôle des concentrations», *RTDE*, 2004, p.1-31; Règlement n°802/2004 CE, du 7 avr.2004, concernant la mise en œuvre du règlement 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO, L du 29 janv.2004, p.1, sect.9; lignes directrices relatives aux concentrations horizontales prises dans le cadre du règlement sur les concentrations, 2004/C 31/03, du 5 févr.2004; lignes directrices relatives aux concentrations verticales prises dans le cadre du règlement sur les concentrations, 2008/C 265/07, du 18 oct.2008, pt.53; *DG Competition Best practices on the conduct of EC Merger proceedings*:[http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/merger\\_compilation.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/merger_compilation.pdf)

<sup>284</sup> Par ex, Déc. Commission, 7 mai. 2009, *Magna/Cadence Innovation*, JO, n° C 191 du 14 août.2009 p.3; Déc. Commission, 30 avr.2009, *General Motors/Delphi Steering Business*, JO, n° C 186 du 8 août.2009 p.6; Déc. Commission, 3 août 2009, *OAO Lukoil/TRN*, JO, n° C 185 du 7 août.2009 p.4; Déc. Commission, 19 août.2009, *UROPORTS HOLDINGS / BENELUX PORT HOLDINGS*, aff. N COMP/M.5581

<sup>285</sup> Comme l'illustre une jurisprudence récente: TPIUE, 12 mai.2010, *EMC Développement AB*, aff.T-432/05

la dérogation du §3 est appréciée à l'aune d'un «bilan concurrentiel» que doivent remplir quatre conditions: 1) l'analyse de la nature des efficacités avancées par l'entreprise requérante, celles-ci devant être orientées vers le «bien-être» du consommateur; 2) le rapport avec l'accord, lequel doit être direct et causal 3) la vraisemblance et l'importance de chaque gain d'efficacité allégué; 4) les modalités et la date de réalisation de chaque gain éventuel<sup>287</sup>. Dans le même ordre d'idées, le règlement 1/2003 indique clairement que, dans l'hypothèse où la Commission constaterait qu'une entreprise enfreint les articles 101 ou 102 TFUE, elle ne pourra mettre fin à ladite infraction qu'à la condition d'imposer des mesures correctives, de nature comportementale, par préférence aux mesures structurelles<sup>288</sup>. Récemment, le domaine des restrictions verticales vient de connaître une réforme du même ordre en intégrant une plus grande prise en compte des gains d'efficacité<sup>289</sup>.

Si elle apporte dans un premier temps son soutien à la position du Tribunal, la Cour veille cependant à ce que le fardeau probatoire qui pèse sur la Commission ne soit pas sacrifié sur l'autel de «l'analyse économique»<sup>290</sup>; car s'il faut exiger la massification de preuves dans des domaines déjà très complexes, c'est l'existence même du droit de la concurrence comme droit chargé de réprimer les infractions sur un marché qui est menacé à terme. C'est ce que vient rappeler la jurisprudence *Bertelsmann/Sony*. La réunion des conditions cumulatives posées par le Tribunal quant à la qualification d'abus de position dominante collective n'est pas nécessaire: signes, manifestations ou autres comportements directement imputables aux comportements en cause peuvent aussi être admis comme des moyens de preuve satisfaisants<sup>291</sup>. Sur bien d'autres points, la Cour ne partage pas la position du Tribunal ou de la Commission<sup>292</sup>.

---

<sup>286</sup> R. POSNER, «The next step in the antitrust treatment of restricted distribution: per se legality», *U. Chicago. L. Rev.*, 1981, p. 48; R. BORK, *The antitrust Paradox: a policy at war with itself*, Free Press, 1993, p. 297; J-B BLAISE, L. IDOT, «La réforme des restrictions verticales», *RTDE* 2000, p.749; F. BRUNET, «La nouvelle politique de la Commission européenne à l'égard des ententes horizontales: ententes illicites et coopération licites», in F. BRUNET, G. CANIVET, *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, LGDJ/Lextenso, 2008, p.35-38.

<sup>287</sup> L. IDOT, *Droit communautaire de la concurrence, le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruylant, 2004; lignes directrices concernant l'application de l'article 81§ 3 du traité, JOUE, n° C 101, du 27 avr.2004, p. 97-118.

<sup>288</sup> Règlement (CE), 1/2003, *op.cit.*, article 6.

<sup>289</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE, n°C 130 du 19 mai.2010, p.1, pt.47, *op.cit.*, note J. Philippe, M. Trabucchi, *Gaz. Pal.*, n°155-156, p.11-12.

<sup>290</sup> TPICE, 13 juil. 2006, *Impala c/ Commission*, aff. T-464/04, note T. Graf, *RLC*, 2008, n°17; note D. Spector, *Concurrences*, 1/2007, p. 26; note L. Idot, *Europe*, 2006, comm. n°287; note G. Decocq, *CCC*, 2006, comm. n°190; CJCE, 10 juil.2008, *Impala c/ Commission*, aff. C-413/06 P, Rec. 2008, conclusions J. Kokott, présentées le 13 déc.2007; note F. Chaltiel, C. Berr, *et.al*, chron, *JDI*, 2009, p.703-707; note L. Idot, «concentrations et étude du contrôle juridictionnel», *Europe*, oct.2008, comm. n°331, p.31-32; note J. Philippe, N. Trabucchi, *Gaz. Pal.*, 2009, n°315-318, p.23-25.

<sup>291</sup> TPICE, 13 juil.2006, *Impala, association internationale c/ Commission*, *op.cit.*, CJCE, 10 juil.2008, *Bertelsmann et Sony Corporation of America c/ Impala*, Rec.2008, aff.C-413/06, p.I-4951, pts.87-96, 178-181,

La modernisation de la politique de concurrence ne comporte pas que des partisans. L'introduction massive de concepts économiques se heurte à de fortes résistances comme l'illustre l'épisode récent de la modernisation de l'article 102 TFUE<sup>293</sup>. La Commission, cautionnée par une abondante doctrine<sup>294</sup>, entame dès 2005 une réflexion sur l'interprétation de l'article 102<sup>295</sup>. Sur commande de Bruxelles, un rapport d'expert est publié en ce sens<sup>296</sup>. Les experts en appellent à un changement conceptuel radical: ils estiment que le problème de l'article 102 viendrait d' : «une analyse de la dominance qui se fonde trop souvent encore sur les parts de marché et qui ignore la dynamique du marché provenant de l'innovation et d'autres paramètres de la concurrence; une qualification d'un certain nombre de pratiques comme étant en fait per se abusives, bien qu'elles soient courantes, voire même proconcurrentielles; et enfin une approche restrictive et mécanique des justifications objectives et défenses d'efficacité menant le cas échéant à l'interdiction de pratiques qu'il convient en fait d'encourager»<sup>297</sup>.

---

note L. Idot, *Europe*, oct.2008, comm. n°331, p.31-32; F. Chaltiel, C. Berr, *et.al*, *Chron. JDI*, 2009, p.703-707. Plus récemment: TPICE, 19 juin.2009, *Qualcom BV c/ Commission*, aff.T48/04, JO C 180 du 1<sup>er</sup> août.2009

<sup>292</sup> R. KOVAR, «Je t'aime moi non plus: sur les rapports difficiles mais néanmoins nécessaires entre l'économie et le droit de la concurrence», in B. DEFFAINS, *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, ed. Cujas, 2002, p. 47-58.

<sup>293</sup> N. KROES, «Preliminary thoughts on policy Review of Article 82», *Discours à la Fordham Corporate Law Institute*, New York, 23 sept.2005.

<sup>294</sup> Par ex, H. CALVET, «Abus de position dominante: plaidoyer pour le bien-être du consommateur», *RLC*, 2005, n°4, p.131-138; G. CANIVET, «La pertinence de l'analyse économique du droit, le point de vue du juge», *LPA*, n° 99, 2005, p.23-27; G. CANIVET, F. BRUNET, *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, 2008; P. CHONE, «Dès que l'on aborde l'analyse des effets, l'analyse économique devient prépondérante», *RLC*, 2007, n° 10, p. 88-90; D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *La politique de la concurrence, Rapport CAE*, 2006, La documentation française; D. GERARDIN, «Prêt pour une révolution?», in *Quelle réforme pour l'article 82 CE? Concurrences*, n°4/2005, p.795-837; F. JENNY, «Le rôle de l'analyse économique dans le contrôle exercé par la Cour de cassation en droit de la concurrence», *Concurrences*, n° 4, 2007, p. 27-35; N. KROES, «Towards a Pro-active competition Policy in favour of Innovation», *Promoting Innovation and Competitiveness. A transatlantic Dialogue, Discours*, La Haye, 27-28 avr.2005; F. LEVEQUE, «Faut-il bâillonner les oligopoleurs? La jurisprudence John Deere vue par un économiste», *Concurrences*, n°3, 2006, p.33-39; I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique, l'exemple du traitement des restrictions verticales par le droit communautaire et européen de la concurrence*, Thèse, Strasbourg, 2004; L. LOVDHAL GORMSEN, «Article 82 EC: where are we coming from and where are we going to?», *Comp. L. Rev.*, 2006, p.5-25; M. MONTI, «La nouvelle politique de concurrence», *RDUE*, mars.2004, n° 2, p.137-154; N. PETIT, *Oligopole, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, Bruylant 2007; A. PERROT, «Les gains d'efficacité: une approche contrastée», *RCC*, 2004, n° 137, p. 1-9; P. REY, «Une approche économique de l'article 82», *RCC*, n°146, p. 8-11; A. VANDESCASTEELE, D. WAELBROECK, «Une nouvelle approche à l'égard des abus de monopolisation?» *RIDE*, 2006, n° 1, p.89-123; G. AMATO, C-D. EHLERMANN, *EC Competition Law: a critical assessment*, Hart Publishing, 2007; S. VEZZOSO, «Une perspective économique évolutionniste à l'égard des restrictions verticales», *RIDE*, 2008, p. 315-333.

<sup>295</sup> DG. Competition, Discussion paper on the application of article 82, Brussels 2005, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/> (consulté en juin 2006)

<sup>296</sup> EAGCP, *An economic approach to article 82*, July 2005: <http://ec.europa.eu/competition/publications/sutdies/eagcp> (consulté le 21 juin 2006)

<sup>297</sup> A. VANDESCASTEELE, D. WAELBROECK, «Une nouvelle approche à l'égard des abus de monopolisation?», *RIDE*, 2006, n° 1, p. 89-123, *op.cit.*

Devant ces ambitieux discours qui proposent d'introduire, sur le modèle antitrust, une justification par l'«efficiency defence», la Cour expose sa position dans la jurisprudence *British Airways (ci-après BA)*<sup>298</sup>. Etait en cause, la politique de rabais et de ristourne organisée par *BA* au bénéfice de plusieurs agences de voyage. Conformément au précédent *Michelin*, la Cour juge qu'une telle politique constitue une infraction à l'article 102 et ce, sans qu'il soit nécessaire de prouver un effet *anti* ou *pro* concurrentiel.

L'avocate Kokott précise, sur un certain nombre de points, la position de la Cour: l'interprétation que l'article 102 n'impose pas de prouver la démonstration systématique d'un «effet» sur le bien-être du consommateur. Que cette interprétation soit conforme au discours de modernisation prôné par la Commission est une chose. Qu'elle soit en revanche considérée comme le seul mode d'interprétation valable de l'article 102 en est une autre. Sur ce point, la Cour en revient au texte de l'article 102, lequel n'oblige pas de considérer comme exclusive l'interprétation fondée sur «*l'analyse économique*».

C'est effectivement à une interprétation textuelle que proposent de retourner les conclusions de l'avocate générale qui rappelle, pour commencer, que l'article 102 s'attache à protéger la structure concurrentielle du marché<sup>299</sup>. Elle indique par la suite que: «(...) même en cas de modification de sa pratique administrative, la Commission devrait continuer à agir dans le cadre que lui fixe l'article 82 CE tel qu'il est interprété par la Cour». Et afin de mieux marquer son indépendance de *l'analyse économique*, «l'effet» de l'illégalité du système de primes de *BA* est apprécié à l'aune de la différence de traitement qu'il implique<sup>300</sup>. La jurisprudence *BA* sonne ainsi comme le début d'un lent retour vers une interprétation plus traditionnelle de l'article 102. En dépit de cette prise de position, la Commission publie en décembre 2008 une communication relative à l'interprétation de l'article 102 qui maintient le cap des réformes initiées en 2005<sup>301</sup>.

Pourtant, l'arrêt *Wanadoo* confirme, au besoin, le scepticisme de la Cour envers l'économisme grandissant du droit de la concurrence. Elle refuse d'entériner, s'agissant de la

---

<sup>298</sup> CJCE, 15 mars.2007, *British Airways c/ Commission*, aff.C-95/04 P, Rec.p.I-3561, note L. Idot, «La Cour et le système de primes», *Europe*, mai.2007, comm. n°142, p.19; note C. Robin, *RLC*, 2007, n°12, p.211-216. Pour une position similaire: TPICE, 30 sept.2003, *Michelin c/ Commission*, aff.T-203/01, Rec.p.II-4071, note L. Idot, *Europe*, 2003, comm. n°403; note P. Arhel, *LPA*, 2004, n°22, p.7-9.

<sup>299</sup> «L'article 82 CE ne s'applique pas uniquement à partir du moment où il n'existe pratiquement plus de concurrence effective sur le marché. Le sens et la finalité de cet article sont également de protéger la concurrence encore existante sur un marché affaibli par la présence d'une entreprise occupant une position dominante (...)», conclusions J. Kokott, pts.44, 68, 125.

<sup>300</sup> Conclusions J. Kokott, *op.cit*, pts.104-407.

<sup>301</sup> Comm (CE), 3 déc.2008, orientations sur les priorités dans l'application de l'article 82 aux pratiques d'exclusion abusives, obs. A-L. Sibony, *LPA*, 17 déc.2009, n°251, p.20-28.

qualification de prix prédateur, le test dit de récupération des coûts<sup>302</sup>. Au contraire, la Cour réaffirme son attachement au test de la jurisprudence *Akzo*: ou bien le prix pratiqué est inférieur au coût moyen variable, auquel cas la qualification de pratique anticoncurrentielle est fortement présumée, ou bien, lorsque le prix pratiqué est compris entre le coût moyen variable et le coût moyen complet, il faut alors apporter la preuve d'une stratégie d'éviction<sup>303</sup>. Par là, la Cour remet en question un test présenté comme plus conforme à «l'analyse économique» et déjà appliqué par certaines autorités nationales de la concurrence<sup>304</sup>.

Le même scepticisme se confirme en matière de refus de vente<sup>305</sup>. De même, la jurisprudence *T-Mobile Netherlands* tempore le vent de réforme de l'article 101 TFUE. Dans le sillage des précédents *Suiker Unie et Züchner*, la Cour conditionne la qualification de «pratique concertée» à la restriction apportée aux échanges. Autrement dit, il n'est pas nécessaire d'apporter la preuve de «l'effet» économique d'une telle pratique pour qu'elle puisse être jugée contraire à l'article 101. La Cour rappelle que, dès l'instant où le degré d'information échangé «atténue ou supprime le degré d'incertitude»<sup>306</sup> d'une entreprise, la pratique est susceptible d'enfreindre le droit de la concurrence.

Récemment encore, un arrêt vient rappeler que la protection du marché constitue un objectif primordial de la politique de concurrence<sup>307</sup>: «Pour apprécier le caractère anticoncurrentiel d'un accord, il convient de s'attacher notamment à la teneur de ses

---

<sup>302</sup> CJCE, 2 avr. 2009, *France Telecom SA c/ Commission*, aff. C-102/07 P.

<sup>303</sup> CJCE, *France Télécom c/ Commission*, *op.cit.*; TPI, 14 novembre 1996, *Tetra Pak/Commission*, aff. C-333/94 P, Rec. p. I-5951

<sup>304</sup> Déc. 07-D-09 du 14 mars 2007, relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire *GlaxoSmithKline France*, note A-L Sibony, «Retour sur la méthode de qualification de prix prédateurs», *RLC*, 2007, n°12, p.17-25; Déc. n°08-D-18 du 30 juil.2008 relative aux activités de remorquage par le port autonome du Havre et la *SNRH*, note A-L. Sibony, *Concurrences*, n°4, 2008; CA Paris, 1ère ch. H, 6 mai 2008, *Lafarge Ciments SA e.a.*; Déc. n°07-D-08, *Ciment Corse*

<sup>305</sup> CJCE, 16 sept.2008, *Sot. Lélos Kai Sia e.a.*, aff. C-468/06 à 478/06, Rec.2008, p.I-7139, note L. Idot, *Europe*, 2008, n°10, p.39-40; note A-L. Sibony, *LPA*, 17 déc.2009, n°251, p.30-32.

<sup>306</sup> CJCE, 4 juin.2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, aff. C-8/08, pt.35, note M. Debroux, *Concurrences*, 2009, n°2, p.101-102; note L. Idot, *Europe*, août/sept.2009, comm. n°323, p.33-34; P. Whitem, E. Proust: «La Cour de justice précise la notion d'objet contenue dans l'article 81 CE et impose le niveau de preuve des pratiques concertées requis», *Rev.Lamy. aff.*, 2009, n°41, p.45-49. Pour une position similaire: TPICE, 9 juin.2009, *Peugeot Nederland NV c/ Commission*, aff. T-450/05; TPICE, 21 oct.2003, *General Motors Nederland et Opel Nederland c/ Commission*, aff. T-367/00, Rec.2003, p.II-4491; TPICE, 27 sept.2006, *Glaxosmithkline c/ Commission*, Rec.2006, p.II-1873; CJCE, 20 nov.2008, *Beef Industry Development et Barry Brothers*, aff. C-209/07, note J. Vialens, *Gaz. Pal.*, 2009, n°81-83, p.20-22; note V. Selinsky, S. Cholet, *RLC*, 2009, n°18, p.28. Pour une illustration récente en droit national: Décision n°10-D-28 du 20 sept.2010, relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement

<sup>307</sup> CJCE, 6 oct.2009, *Glaxosmithkline Services c/ Commission e.a.*, aff.C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, concl. V. Trstenjak, présentées le 30 juin.2009, note D. Brault, «L'arrêt GSK du 6 octobre 2009: révolution silencieuse ou simple retour aux sources?», *RLC*, 2009, n°21, p.29-30; CJCE, 12 nov.2009, *Le Carbone-Lorraine SA*, aff.C-554/08P; CJCE, 12 nov.2009, *SGL Carbon AG*, aff. C-564/08, note J. Philippe, M. Trabucchi, *Gaz. Pal.*, n°155-156, p.28.

*dispositions, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère. En outre, bien que l'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire pour déterminer le caractère restrictif d'un accord, rien n'interdit à la Commission ou aux juridictions communautaires d'en tenir compte*<sup>308</sup>. De surcroît, la Cour ajoute que la prise en considération des effets n'intervient qu'au §3 de l'article 101. Comme le note un commentateur, l'arrêt «*confirme une approche traditionnelle que ne reniera pas l'école ordolibérale allemande la plus orthodoxe*»<sup>309</sup>. Sur ce point, la motivation de la Cour est des plus explicite: «*l'article 81 CE vise (...) à protéger non pas uniquement les intérêts des concurrents ou des consommateurs, mais la structure du marché et, ce faisant, la concurrence en tant que telle*»<sup>310</sup>. Par l'ensemble de ces arrêts récents, la Cour tempère les ardeurs réformatrices d'une politique de la concurrence exclusivement orientée vers l'efficacité et «*l'analyse économique*».

**Conclusion du chapitre 1.** L'analyse des différentes idéologies dont le droit européen de la concurrence est l'enjeu a permis d'éclaircir les causes de l'économisme grandissant dont il est aujourd'hui l'objet. Ces causes proviennent d'une stratégie technocratique qui, depuis le traité de Rome, assure à la Commission un pouvoir d'orientation sur la politique de concurrence<sup>311</sup>. L'intérêt de ce chapitre a été de comprendre que la défense du marché commun a été utilisée en ce sens par les interprètes européens comme un moyen de consolider et d'affirmer leurs compétences. Le droit de la concurrence s'est ainsi imposé à l'ensemble des systèmes juridiques nationaux. La Cour puis le Tribunal ont, en ce sens, soutenu la Commission dans une politique de concurrence axée sur la protection du marché. La relance impulsée par l'Acte unique a largement consolidé cette situation.

Vers la fin des années quatre-vingt-dix, sous l'influence de nouvelles contraintes, la Commission a envisagé une réforme en profondeur de la politique de concurrence. On a tenté de montrer sur cette question qu'il fallait se garder d'en avoir une lecture uniforme et simpliste. La réforme a été, dans un premier temps, purement administrative et, dans une moindre mesure, idéologique en matière de restrictions verticales. Elle a pris une connotation

---

<sup>308</sup> CJCE, 6 oct.2009, *Glaxosmithkline*, *op.cit.*, pt.55. Remarquons que la Cour désavoue le Tribunal dont le raisonnement s'orientait dans le sens de la prise en considération des «effets»: TPICE, 27 sept.2006, *Glaxosmithkline*, aff.T-168/01, Rec.p.II-2969

<sup>309</sup> L. Idot, note sous CJCE, 6 oct.2009, *Glaxosmithkline*, *op.cit.*, «Objet anticoncurrentiel et entrave au commerce parallèle», *Europe*, déc.2009, comm. n°463.

<sup>310</sup> CJCE, *Glaxosmithkline*, *op.cit.*, pt.63.

<sup>311</sup> F. FORET, «La dimension élitare dans la légitimation européenne», in O. COSTA, P. MAGNETTE (dir.), *Une Europe des élites? Réflexions sur la fracture démocratique de l'Union européenne*, Bruxelles, ed. de l'Université de Bruxelles, 2007, p.203-223.

idéologique plus sérieuse à la suite de l'activisme du TPIUE dans le domaine des concentrations<sup>312</sup>. Si la Cour a semblé rejoindre un temps la position du Tribunal, elle s'est séparée du mouvement de réforme s'agissant des articles 101 et 102 TFUE.

Dans ces conditions, il est hâtif de porter un jugement tranché sur le contenu des réformes en cours. L'idéologie d'une politique fondée sur l'efficience a certes fait l'objet de réception. Dans le même temps, la protection du marché se pose toujours en idéologie concurrente<sup>313</sup>. Aussi marquer la réforme actuelle du seul sceau du néolibéralisme dans sa version de Chicago paraît-il quelque peu réducteur. Les développements précédents ont insisté à cet égard, sur la complexité et les résistances qui s'attachent à la substitution d'une idéologie au détriment d'une autre. La Commission tente habilement de concilier protection du marché et efficience en s'appuyant sur un réformiste à géométrie variable<sup>314</sup>. C'est sur ce réformisme très polysémique qu'elle joue pour tenter d'harmoniser à l'ensemble des juridictions nationales, l'application du droit européen de la concurrence. Comment réagissent les différents interprètes nationaux par rapport à ce nouveau discours imprégné «*d'analyse économique*» et, par là même singulier des catégories juridiques traditionnelles? C'est ce qu'entend traiter le chapitre qui va suivre.

---

<sup>312</sup> V. plus récemment: TPICE, 10 avr.2008, *Deutsche Telekom c/ Commission*, aff. T-271/03, Rec., p.II-477, note. L. Idot, *Europe*, 2008, n°6, p.27-28.

<sup>313</sup> L. BOY, «L'abus de pouvoir de marché: contrôle de la domination ou protection de la concurrence?», *RIDE*, 2005/1, p.27-50; C. PRIETO, «Pouvoir de marché et liberté des entreprises, les fondements de la politique de concurrence», *D.*, 2006, p.1603.

<sup>314</sup> D. SPECTOR, «Will efficiency ever matter in Merger control?», *Concurrences*, n°4, 2007, *op.cit*; M. RAINELLI, «A propos du règlement européen n°139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises: une vision sceptique de la prise en compte des gains d'efficacité», *RIDE*, 2006, *op.cit*; pour une illustration de décision où la Commission exige toujours une séparation des activités: Déc. Commission, 17 juil.2009, *Pfizer c/ Wyeth*, COMP/M.5476; Déc. Commission, 5 août. 2009, *Lyonnaise des Eaux*, COMP/M.5461



## Chapitre 2: La Commission, les juridictions nationales et l'harmonisation du droit de la concurrence aux Etats membres

Dans le discours actuel de réforme du droit de la concurrence, le règlement 1/2003 occupe une place centrale<sup>1</sup>. Il repose en effet sur un objectif ambitieux: diffuser massivement l'application du droit européen de la concurrence aux États membres<sup>2</sup>. Mais, à l'image d'un colosse aux pieds d'argile, c'est sur les acteurs nationaux que repose cette tâche de vulgarisation: autorités nationales de la concurrence d'une part, juridictions nationales de l'autre. Les propos qui suivent mettent l'accent sur les secondes au détriment des premières<sup>3</sup>. Rappelons que le règlement 1/2003 rompt avec l'ancien système centralisateur du règlement 17/62, en octroyant aux juridictions et autorités nationales la possibilité d'appliquer les articles 101 et 102 TFUE<sup>4</sup>. L'innovation réside toutefois moins dans cette dernière possibilité

---

<sup>1</sup> Règlement (CE) n°1/2003 du Conseil du 16 déc.2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JO L 1 du 4 janv. 2003, p.1-25; L. IDOT, «La modernisation du droit communautaire de la concurrence, adoption par le Conseil du nouveau règlement relatif à la mise en œuvre des articles 81 et 82 CE, aperçu rapide», *JCP G*, 2003, p.1.

<sup>2</sup> Commission européenne, *Rapport sur la politique de la concurrence*, 2005, (SEC) 2006 761 final; N. KROES, «Enhancing actions for damages for breach of competition Rules in Europe», New York, 22 sept.2005, N. KROES, «More private antitrust enforcement through better acces to damages: an invitation to an open debate», *Conference on Private enforcement in EC Competition Law, Discours*, Brussels, 9 march.2006, [htt://europa.eu.int/comm/competition/speeches](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches); M. MONTI, *Une nouvelle stratégie pour le marché unique au service de l'économie et de la société européenne*, Rapport, 9 mai.2010, p.47-48.

<sup>3</sup> S'appesentir sur les juridictions nationales, plus nombreuses, au détriment de celles spécialisées (Autorité de la concurrence, Cour d'appel de Paris, Chambre économique et financière de la Cour de cassation), permet de mieux prendre la mesure des contraintes qui pèsent sur la cohésion de la politique de concurrence. A la différence des autorités et juridictions spécialisées, qui elles, sont plus accoutumées au maniement des catégories utilisées par la Commission, l'analyse du discours des juridictions nationales rend davantage compte des difficultés d'application du droit de la concurrence devant les juges ordinaires. Pour une discussion sur ce thème: L. IDOT, «Quelques exemples de la difficulté du juge du contrat à appréhender le droit de la concurrence et le règlement n°2790/99», *RDC*, 2005, n°4, p.1033-1036; A. KOMNINOS, *EC Private antitrust enforcement: decentralised application of EC competition law by national Courts*, Hart Publishing, 2008.

<sup>4</sup> L'article 101 dispose: «1-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 Etats membres et qui ont pour objet et pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à: a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achats ou de vente ou d'autres conditions de transaction, b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements, c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement, d) appliquer, à l'égard des partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires de prestations supplémentaires qui, par leur nature, ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. 2-Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit. 3-Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarés inapplicables: à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises, à toute décision ou catégorie de décision d'association d'entreprises et à toute pratique concertée ou catégorie de pratique concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une part équitable du profit qui en résulte, et sans: a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables

que dans le pouvoir qu'ont désormais ces acteurs nationaux d'appliquer le §3 de l'article 101. Les articles 101 et 102 créent en effet dans le chef des justiciables, un certain nombre de droits subjectifs dont les juges nationaux ont la charge<sup>5</sup>. Les sanctions civiles ressortissent dès lors de la compétence du juge.

Le but du présent chapitre est d'examiner les moyens par lesquels la Commission parvient à harmoniser le droit de la concurrence et réciproquement les stratégies que développent les juges nationaux par rapport à ces mécanismes d'harmonisation. Si le règlement 1/2003 délègue aux juges nationaux l'application du droit européen de la concurrence, il renforce en contrepartie le contrôle de la Commission sur ces mêmes juges. L'idée de «décentralisation» a en effet été présentée comme l'un des principaux attraits du règlement 1/2003<sup>6</sup>. Pourtant, le terme décentralisation, loin de clarifier la question, l'obscurcit davantage<sup>7</sup>. Il traduit l'euphémisme par lequel la Commission a en fait consolidé son contrôle sur les juges nationaux au nom du principe de coopération loyale.

Ce qui pose problème, c'est la dualité des contentieux objectifs et subjectifs<sup>8</sup>. En admettant, ne serait-ce qu'en théorie, cette distinction, la mission de police économique du marché ne peut se confondre au prononcé de sanctions civiles devant le juge à la suite d'une

---

*pour atteindre ces objectifs, b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.» De son côté, l'article 102 dispose: «Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats 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. Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à: a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achats ou de vente ou d'autres conditions de transactions inéquitables, b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs, c) appliquer à l'égard des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.»*

<sup>5</sup> CJCE, 13 juil.2006, *Vicenzo Manfredi*, aff.C-295 à 298/04, Rec.2006, p.I-6619

<sup>6</sup> P. ARHEL, «Modernisation des règles européennes de concurrence», *LPA*, 4 déc.2000, n°241; *Atelier de la DGCCRF*, «La modernisation des règles européennes de concurrence», *RCC*, n° 122, 2001.

<sup>7</sup> S'agissant du terme «décentralisation», un détour par les mots s'impose: «décentraliser» est généralement synonyme de déléguer, attribuer une autonomie. D'un point de vue juridique, il s'agit de déléguer par un ensemble de normes, un cadre d'attribution de compétence. Les institutions qui en sont les bénéficiaires disposent d'une marge de discrétion suffisante dans un champ de compétence qui leur est nouvellement attribué. Examiné sous l'angle de cette signification usuelle, le règlement 1/2003 laisse croire, s'agissant des juridictions nationales, qu'il leur ait attribué un pouvoir discrétionnaire très large dans l'interprétation des articles 101 et 102 TFUE du traité CE. Cela, sans souffrir d'aucun contrôle, étant donné qu'elles auraient, depuis le début de la construction européenne, déjà acquis une «expérience» suffisante dans la mise en oeuvre du droit européen de la concurrence. Si l'on admet une telle définition usuelle du terme décentralisation, l'affirmation selon laquelle le règlement 1/2003 «décentralise» l'application du droit européen de la concurrence aux juridictions nationales prête à caution. Pour un point de vue critique similaire: S. WILKS, «Agency escape: decentralisation or dominance of european Commission in the modernization of competition policy? », *Governance*, July, 2005, vol.18, n°3, p.431-452.

<sup>8</sup> F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaire*, coll. «Nouvelle bibliothèque des Thèses», Dalloz, 2004. Cette dualité est aussi rappelée par la Commission elle-même, v., Communication n°2004/C 101/04 de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE, JOCE, C 101, 27 avr.2004, p.54.

pratique anticoncurrentielle<sup>9</sup>. Le règlement 1/2003 instaure néanmoins une confusion regrettable dans la mesure où il donne à la Commission la possibilité de s’immiscer dans le contentieux subjectif. L’une des grandes ambiguïtés de la réforme actuelle du droit de la concurrence réside en ce point. Comme l’indique fort justement un auteur: «(...) *l’intérêt des plaignants n’est pas le seul visé. C’est en fait l’efficacité de la politique de concurrence qui est poursuivie. L’action des particuliers est envisagée comme un facteur d’intensification de la concurrence sur le marché intérieur*»<sup>10</sup>.

Pour Bruxelles, il s’agissait soit de maintenir le vieux système de centralisation dont on a vu qu’il aboutissait à noyer sous un flot de demandes d’exemption les services de la Commission soit d’opter pour une «décentralisation» susceptible de multiplier les risques de divergences d’interprétation. Le livre blanc publié en cette matière fait part de ce risque: «(...) *La Commission conservera le monopole de l’élaboration et de la proposition des textes législatifs sous toutes leurs formes (...) et ne manquera pas d’y recourir pour assurer la cohérence et l’uniformité de l’application des règles de concurrence*»<sup>11</sup>.

Le choix de la France en matière de «décentralisation» des articles 101 et 102 a été de désigner un ensemble de juridictions compétentes pour appliquer le droit européen<sup>12</sup>. À ce titre, il est intéressant d’examiner la manière dont, à l’exception des rares juridictions accoutumées au droit de la concurrence<sup>13</sup>, les juges nationaux récemment désignés mettent en œuvre l’application des articles 101 et 102 TFUE. Plutôt que de s’intéresser exclusivement au discours des interprètes authentiques, le propos mettra aussi l’accent sur les juges du fond dans la mesure où c’est sur eux que repose essentiellement la tâche de dissémination du droit européen de la concurrence.

Au rebours d’une lecture dominante qui préfère se référer au terme plus neutre de «coopération» pour qualifier les mécanismes du règlement 1/2003, un premier point

---

<sup>9</sup> Cass.com, 25 mars.1991, *D.* 1991, p.124; J-P. BRILL, «Les sanctions civiles des violations de l’ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986», *Gaz. Pal.*, déc.1987, p.775; E. COLMANT, *Les sanctions aux règles de concurrence en droit communautaire*, Thèse, Paris, 1988; I. HOEPFNER-LEGER, «Les poursuites privées en matière de pratiques anticoncurrentielles: pistes de réflexion», *JCP E*, 30 nov.2006, 2710.

<sup>10</sup> M-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, *et.al.*, *L’application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008, p.572.

<sup>11</sup> Livre Blanc sur la modernisation des règles de concurrence, Bruxelles, le 28.04.1999, COM (1999) 101 final du 28/04/1999, pts.83-84; R. WITTERWULGHE, «Réflexions à propos de la décentralisation du droit de la concurrence communautaire», in C. NOURISSAT, R. WITTERWULGHE (dir.), *Le nouveau règlement d’application du droit communautaire de la concurrence: un défi pour les juridictions françaises*, Dalloz, 2004, p.3-20. Sur la question plus générale des divergences de jurisprudence: E. SERVERIN, «Les divergences de jurisprudence comme objet de recherche», in P. ANCEL, M-C. RIVIER, *Les divergences de jurisprudence*, PUSE, 2003, p.73-91.

<sup>12</sup> P. ARHEL, «Adaptation du droit national au droit communautaire de la concurrence», *JCP E*, n°51, 16 déc.2004, p.2010-2015.

<sup>13</sup> Nous visons essentiellement pour le cas français, la section H de la Cour d’appel de Paris et la Chambre économique et financière de la Cour de cassation.

s'attachera à démontrer que la «décentralisation» instaurée par le règlement 1/2003, a renforcé les prérogatives de la Commission sur les juges nationaux<sup>14</sup>. Les stratégies mises en œuvre pour y parvenir méritent d'être exposées. Les nombreuses communications et lignes directrices publiées à la suite du règlement 1/2003 ont largement contribué à cette situation<sup>15</sup>. La construction baroque qui en résulte opère non pas une décentralisation, mais une déconcentration du droit de la concurrence<sup>16</sup> (Section 1).

Toutefois, le règlement 1/2003 ne peut à lui seul contraindre l'interprétation des juges nationaux. Encore faut-il que ces derniers, dans la mesure où ils sont chargés d'appliquer le droit européen de la concurrence, consentent à coopérer avec la Commission. Et l'on bascule alors dans une situation d'autant plus délicate. La compétence d'un juge national ne se résume pas qu'au seul droit de l'Union<sup>17</sup>: il a aussi à charge d'interpréter le droit civil, le droit commercial ou le droit pénal; il y est d'ailleurs mieux accoutumé. Et pour peu que ces différentes branches lui donnent la possibilité de s'affranchir du droit européen, le projet de diffusion des articles 101 et 102 TFUE s'en trouve mis à mal. On peut valablement considérer qu'un juge civil ou commercial examinera les prétentions présentées par les parties en fonction d'une grille de lecture qui lui est plus familière<sup>18</sup>. Au lieu d'être puisés dans «*l'analyse économique*», les modes de justifications le seront dans la liberté contractuelle ou dans la responsabilité civile<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> J-C. FOURGOUX, «La modernisation du droit de la concurrence: du Livre blanc à la proposition de règlement d'application des articles 81 et 82. Un enfer pavé de plus ou moins bonnes intentions», *Gaz. Pal.*, juil.2001, p.9-16; E. CLAUDEL, «Pratiques anticoncurrentielles. A propos du nouveau règlement CE n°1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 CE: une réelle décentralisation du droit de la concurrence?», *LPA*, n°100, mai.2003, p.7; A. RILEY, «EC Antitrust Modernization: The Commission does very nicely, thank you!», *ECLR*, 2003, n°24/11, p.604-615 et n°24/12, p.657-672; S. WILKS, «Agency escape: decentralization or dominance of European Commission in modernization of Competition policy?», *op.cit.*

<sup>15</sup> Livre Blanc, *op.cit.*, pt.86: «(...) compte également élaborer davantage de communications et de lignes directrices pour expliquer sa politique et orienter la mise en œuvre des règles de concurrence communautaires par les instances nationales. Ces instruments sont particulièrement bien adaptés à l'interprétation de règles de nature économique car ils permettent de mieux prendre en compte un ensemble de critères d'évaluation qui sont pertinents dans l'examen des règles de concurrence (...)».

<sup>16</sup> Lors des négociations du règlement 1/2003, la délégation allemande faisait part de ce point. Elle affirmait que «(...) les articles 3, 11 et 16, traduisait une centralisation du pouvoir qui n'est pas conforme à la tendance d'application décentralisée qui doit permettre de passer à un système d'application directe de l'article 81, paragraphe 3, par les autorités nationales. (...) les autorités des Etats membres devaient par conséquent jouer un rôle véritable et actif dans l'adoption des règlements d'exemption par catégorie.», in Conseil de l'Union européenne, Bruxelles, 17 nov.2000, résultats des travaux du Groupe «Concurrence», n°11848/00, RC 13, COM(2000) 582 final.

<sup>17</sup> M. CHAGNY, *Droit communautaire et droit commun des obligations*, Dalloz, 2004; F. DREIFUSS-NETTER, «Droit de la concurrence et droit des obligations», *RTDCiv*, 1990, p.369; M. MALAURIE-VIGNAL, «Droit de la concurrence et droit des contrats», *D*, 1995, chron, p.51; E. CLAUDEL, «Le consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice?», *RTDCom*, 1999, p.291.

<sup>18</sup> C. NOURISSAT, «Spécialisation des juridictions, regards croisés sur la réforme», *RLC*, 2007, n°10.

<sup>19</sup> Ce propos d'un magistrat de la 1<sup>ère</sup> chambre de la Cour d'appel de Paris est d'ailleurs très représentatif du point de vue selon lequel il existerait différentes grilles de lectures juridiques possibles pour un même fait

De surcroît, l'économisme grandissant du droit de la concurrence accrédite cette hypothèse. Le droit de la concurrence apparaît comme un droit d'expert. À ce titre, et au lieu de se contraindre par l'interprétation des autorités de la concurrence, le juge national opte, lorsqu'il le peut, pour une voie différente: là où, au regard des stipulations d'un contrat, la Cour de cassation juge qu'une cessation de l'obligation contractuelle entraîne classiquement l'application de la responsabilité d'entreprises au regard de l'article 1134 du Code civil, l'autorité de la concurrence estime qu'il y a qualification d'entente<sup>20</sup>. Il n'est pas rare non plus que l'invocation des articles 101 et 102 TFUE devant le juge soit indissociable d'autres moyens connexes. Ce fait n'est pas sans soulever nombre de difficultés contentieuses en matière de répartition de compétence entre juridictions nationales. Autant de contraintes idéologique et procédurale qui se dressent en obstacle à la divulgation homogène tant souhaité du droit européen de la concurrence aux États membres (Section2).

### ***Section 1: Le renforcement des pouvoirs de la Commission par le règlement 1/2003***

La liberté attribuée aux juridictions nationales par le règlement 1/2003 dans l'application des articles 101 et 102 TFUE n'est qu'apparente. Sur le fond, le règlement réduit sensiblement la liberté des juges nationaux. D'abord par l'extension du champ d'application

---

concurrentiel: *«Lorsque des contrats sont rompus, dans la quasi-totalité des cas, on ne va pas du tout évoquer les règlements d'exemption, tout simplement parce que les contrats sont corrects au regard des règles de concurrence. De quoi va-t-on parler? De rupture abusive parce «qu'il y avait», «on avait fait croire au concessionnaire», «il estimait» qu'on lui avait fait croire que le contrat se poursuivrait, et qu'il avait engagé des investissements pour faire un certain nombre de choses. Il va aussi déclarer: «je n'ai pas bénéficié d'un préavis effectif». Dans ce type de débats, le règlement d'exemption n'a pas sa place. On est sur le terrain du seul droit contractuel. Compte tenu du contexte, force est de constater que ces statistiques ne sont apparemment pas bien élevées à la section A de la 5<sup>e</sup> chambre. Depuis l'entrée en vigueur du règlement, donc, depuis le 1<sup>er</sup> mai 2004, une dizaine d'appels nous sont venus du Tribunal de commerce de Paris (peut-être d'autres) et pas d'avantage, sur plusieurs centaines d'affaires qui ont été distribuées à la chambre; ce n'est pas beaucoup. Ce sont très rarement des affaires graves, et encore moins de cartels, qui sont portées devant le juge. Cela arrive parfois (...) Depuis quelques années que je me trouve dans cette chambre, je n'ai pas eu connaissance une seule fois, de demande d'indemnisation stricto sensu, qui serait fondée sur une décision préalable du Conseil de la concurrence, approuvée ou non par la Cour d'appel de Paris. Je crois que l'explication est simple: ces affaires se transigent, tout simplement, et donc les contentieux, que l'on croit tellement articulés, ne le sont pas tant que ça.»*, in J. RIFFAULT-SILK, «La vision d'un juge français», in C. PRIETO, L. IDOT, *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles: le règlement n°1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses?* Bruylant, 2006, p.136-137. Pour une discussion de ce point: L. VOGEL, «L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence», *RCC*, 2000, n°115; M. MALAURIE-VIGNAL, «Droit de la concurrence et droits des contrats», *D*, 1995, chron, *op.cit.*

<sup>20</sup> On peut utilement se reporter sur cette question à la livraison de la *Revue de la concurrence et de la consommation* n°115, de mai-juin 2005 intitulée: *Le juge civil, le juge commercial et le droit de la concurrence*, p. 6-35. Pour des illustrations jurisprudentielles, v., Cass.com, 4 févr.1970, *GNA*, n°68-13303, bull. n° 44, p.44; Cass.com, 18 févr.1970, *Sté Leduc c/ EDF*, n°68-11986, bull. n°66, p.63; Cass.com, 24 nov.1970, Cass.com, 27 avr.1971, *Total c/ Fortier*, n°69-12939, bull. IV n°85, p.79; Cass.com, 20 mai.1980, Bull.civ, IV, n°212

du droit de l'Union<sup>21</sup>; ensuite parce qu'il met la Commission au cœur du système d'homogénéisation du droit de la concurrence<sup>22</sup>. Il s'agit là d'un mécanisme d'attribution de compétences qui va bien au-delà d'un simple encadrement procédural puisqu'il place l'autorité administrative au cœur du processus d'interprétation des juges nationaux. Sous couvert d'une décentralisation apparente, le règlement 1/2003 fait de la Commission, autorité administrative, l'organe de contrôle des juges nationaux (§1). Le défaut d'une «culture de concurrence» homogène renforce aussi l'instauration de mécanismes procéduraux censés garantir l'application uniforme du droit de la concurrence. Ces mécanismes soulèvent des questions délicates de compatibilité entre normes nationales et européennes (§2).

### **Paragraphe 1: Le renforcement de l'autorité de la Commission sur les juges nationaux**

La «décentralisation» des articles 101 et 102 TFUE est, on l'a dit, purement factice<sup>23</sup>. Comme le montre la démonstration qui va suivre, il faut comprendre ce terme dans le discours de la Commission, comme l'artifice par lequel Bruxelles a renforcé ses prérogatives sur les juges nationaux. L'application des articles 101 et 102 par ces derniers s'est accompagnée d'un contrôle plus étroit. Le risque d'une (re) nationalisation du droit de l'Union a été brandi afin de justifier l'attribution de prérogatives supplémentaires. Nul ne peut manquer de relever la contradiction entre ce dernier argument et l'objectif apparent de décentralisation. L'ambivalence de cette approche sous-tend la stratégie mise en œuvre par la Commission: sous prétexte de pallier les risques de divergences, elle renforce en réalité ses prérogatives. La vraie signification de la «décentralisation» est qu'il n'y a pas eu de décentralisation<sup>24</sup>. Tel est ce qui ressort d'une analyse attentive de certaines dispositions fondamentales du règlement 1/2003. Il faut bien voir que les arguments ont varié sur ce point. Une précaution liminaire consiste à ne pas voir l'adoption du règlement 1/2003 comme un tout monolithique: chaque disposition a fait l'objet de débats et de négociations entre la Commission et les États membres. On se focalisera sur celles qui renforcent l'autorité des décisions de la Commission

---

<sup>21</sup> Livre Blanc, *op.cit.*, pt.103.

<sup>22</sup> Y. SERRA, «Les divergences de jurisprudence en droit de la concurrence», in P. ANCEL, M-C. RIVIER, *Les divergences de jurisprudence*, PUSE, 2003, p.223-226.

<sup>23</sup> L. IDOT, «Le règlement 1/2003: vers une fédéralisation, une communautarisation, ou une renationalisation du droit de la concurrence?», in *Etudes en l'honneur de J-C. Gautron. Les dynamiques du droit européen en début du siècle*, Paris, A.Pedone 2004, p.117-135.

<sup>24</sup> Pour une illustration de cette stratégie par les services de la Commission: G. ROCCA, C. GAUER, «Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 81 et 82 du traité», *Competition newsletter*, oct.1999, p.1-6.

(A), notamment par l'élargissement du champ d'application du droit européen de la concurrence (B).

#### A- L'influence des décisions de la Commission

Il ressort du règlement 1/2003 que les particuliers peuvent se prévaloir de dommages et intérêts devant les juges nationaux<sup>25</sup>. La décentralisation des articles 101 et 102 TFUE est présentée comme le moyen de sauvegarder les droits subjectifs des particuliers au sein de l'Union. De plus, le règlement 1/2003 entendait remédier à l'application cohérente du droit de la concurrence<sup>26</sup>. La stratégie retenue par la Commission était de présenter un texte susceptible de renforcer ses pouvoirs en la matière<sup>27</sup>. Les articles 3 et 16 ont été proposés en ce sens. Il n'est pas étonnant que leur formulation ait fait l'objet d'âpres négociations.

L'article 3 rappelle que les juridictions nationales sont soumises au principe de primauté. À première vue, cette formulation se borne à reprendre l'acquis jurisprudentiel antérieur<sup>28</sup>. Mais dans une première version, la Commission proposait que le droit de l'Union soit applicable à l'exclusion des droits nationaux<sup>29</sup>. Cette interprétation audacieuse du principe de primauté suscita une levée de boucliers des États membres<sup>30</sup>. Une reformulation plus consensuelle fut alors entreprise. Lorsque les juridictions appliquent le droit national, elles sont tenues d'appliquer le droit européen en cas d'affectation du commerce entre États membres<sup>31</sup>. Bien plus encore, l'article 3 exige la conformité des normes nationales au droit de l'Union: en matière d'ententes, l'interprétation du droit national ne peut être plus stricte que

---

<sup>25</sup> Proposition de règlement du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité et modifiant les règlements (CEE) n°1017/68, (CEE) n°2988/74, (CEE), n°4056/86 et (CEE) n°3975/87, (2000/C 365 E/28), JO, C 365 E, du 19 déc.2000, p.284

<sup>26</sup> Conseil de l'Union européenne, Bruxelles, 12 oct.2000, résultat des travaux en date du 10 oct.2000, n°11484/00, RC 13

<sup>27</sup> M. WATHELET, «Le nouveau règlement «concurrence»: révolution copernicienne?», in C. NOURISSAT, R. WITTERWULGHE (dir.), *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence: un défi pour les juridictions françaises*, op.cit, p.21-31.

<sup>28</sup> Rappelons que le principe découle de la jurisprudence: CJCE, 13 févr.1969, *Walt Wilhem*, aff.14/68, Rec, p.1; CJCE, 28 févr.1991, *Delimitis*, aff.C-234/89, Rec.p.I-935, obs. M-A. Hermitte, *JDI*, 1991, p.485-487; obs. G. Dalens, *RCC*, 1991, p.35-38; CJCE, 12 déc.1995, *Dijkstra e.a.*, aff. C-319/93, Rec, p. I-4471

<sup>29</sup> La formulation de la Commission était alors la suivante: «*Lorsqu'un accord, une décision d'association d'entreprises ou une pratique concertée au sens de l'article 81 du traité ou l'exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 82, est susceptible d'affecter le commerce entre les Etats membres, le droit communautaire de la concurrence est applicable à l'exclusion des droits nationaux de la concurrence*», in Proposition de règlement du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence, op.cit.

<sup>30</sup> Conseil de l'Union européenne, résultat des travaux en date du 12 oct.2000, op.cit, p.4.

<sup>31</sup> Règlement (CE) n° 1/2003, op.cit, article 3.

celle du droit européen<sup>32</sup>. Les droits nationaux ne peuvent par conséquent tenir en échec celui de l'Union. Cette disposition aboutit à ce qu'un accord exempté en droit européen ne puisse pas être interdit au niveau national<sup>33</sup>. À l'évidence, l'article 3 uniformise entièrement l'interprétation de l'article 101 TFUE.

Les réserves, émises notamment par la délégation allemande, ont abouti à ce qu'il n'en soit pas de même de l'article 102. À cet égard, l'article 3 accorde plus de liberté s'agissant «des lois nationales plus strictes qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatéral d'une entreprise». Tel est donc le compromis qui ressort de cette disposition capitale. La Commission l'a par la suite habilement contourné.

Dans une communication ultérieure sur la coopération avec les juridictions nationales, elle souligne qu': «(...) En ce qui concerne l'application parallèle du droit national de la concurrence et de l'article 82 CE dans le cas d'un comportement unilatéral, l'article 3 du règlement ne prévoit pas d'obligation de convergence similaire. Toutefois, dans le cas de dispositions contradictoires, le principe général de primauté du droit communautaire exige que les juridictions nationales laissent inappliquée toute disposition de loi nationale contraire à la règle communautaire, que cette disposition soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire»<sup>34</sup>. Cette nouvelle interprétation revient à la version initiale contestée par les représentants des États membres. En d'autres termes, elle aboutit, comme pour l'article 101, à l'uniformisation de l'article 102 TFUE.

En complément de l'article 3, l'article 16 renforce l'influence des décisions prises par la Commission<sup>35</sup>. Sans le dire de façon explicite, l'article 16 instaure un mécanisme par lequel les juges nationaux sont contraints de tenir compte de la pratique décisionnelle de la

---

<sup>32</sup> Proposition de règlement du Conseil relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité et modifiant les règlements (CEE) no 1017/68, (CEE) no 2988/74, (CEE) n 4056/86 et (CEE) no 3975/87, Préparation du Conseil "Compétitivité" du 26 novembre 2002 en vue d'un accord politique.

<sup>33</sup> L. IDOT, *Droit communautaire de la concurrence, le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruylant, 2004, p. 41.

<sup>34</sup> Communication de la Commission sur la coopération avec les juridictions nationales pour l'application de l'article 81 et 82 du traité CE, JO 2004/C 101/04/, du 27 avr. 2004. Pour un commentaire de cette disposition: J-B. BLAISE, L. IDOT, «Concurrence: champ d'application des articles 81 et 82 CE», *RTDCiv*, 2004, n°4, p.669-689; S. HAUTBOURG, S. QUELLA, «Droit communautaire ou droit national de la concurrence: le critère d'affectation du commerce», *Décideurs juridiques et Financiers*, n°58, 2004, p.112-113; J-P. VIENNOIS, «Clarification du champ d'application communautaire du droit de la concurrence (Brèves observations sur la communication de la Commission européenne relative à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité)», *LPA*, 2004, n°190, p.9-12.

<sup>35</sup> Signalons au passage que sur un autre front, en l'occurrence celui des actions en dommages et intérêts, la Commission vient de publier un livre blanc dans lequel elle suggère, dans le but de faciliter l'établissement de la preuve d'un préjudice, de reconnaître une force contraignante aux décisions des autorités nationales de la concurrence. Si cette initiative voyait le jour, elle renforcerait d'autant le poids des décisions des autorités de la concurrence vis-à-vis des juges nationaux: Livre blanc sur les actions en dommage et intérêt pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, Bruxelles, 2 avr.2008, COM (2008), 165 final.



Commission. Dès lors que les juridictions nationales statuent sur les articles 101 et 102 TFUE et que la Commission a déjà été saisie de l'affaire, elles doivent nécessairement «*s'efforcer d'éviter toute décision contradictoire avec les décisions adoptées par la Commission*». À nouveau, une communication ultérieure vient préciser le sens de cette disposition<sup>36</sup>. Ainsi les juges nationaux doivent-ils éviter de rendre des interprétations contraires à une décision de la Commission rendue même dans un domaine connexe. Dans ce cas, les juridictions nationales sont tenues de suspendre l'instance dans l'attente de la décision de la Commission. Lorsque la juridiction nationale statue avant la Commission, la communication précise que le juge national évite d'adopter une décision susceptible d'aller à l'encontre de celle envisagée par l'autorité administrative. À cette fin, le juge saisit préalablement la Commission sur l'orientation de sa décision future. Il peut encore, selon les termes de la communication, «surseoir à statuer» en attendant que la Commission ait statué.

Cette dernière rédaction laisse place à au moins deux interprétations possibles: ou bien il faut comprendre que le juge national ne peut pas prendre de décisions différentes de celles de la Commission, mais seulement s'il s'agit d'un même litige; ou bien il faut admettre, de façon plus large, que relativement à des litiges semblables ou ressemblants, les juridictions nationales sont tenues de se plier à la pratique décisionnelle de la Commission. Pendant que le premier cas de figure laisse encore une marge de discrétion aux juridictions nationales, le second aboutit à l'exact opposé.

La Commission a opté sans surprise pour la seconde alternative: les juridictions doivent tenir compte de la pratique décisionnelle de la Commission même dans le cas de litiges «connexes». S'il est saisi parallèlement à la Commission, le juge national peut, sur le modèle d'un acte de litispendance, surseoir à statuer en attendant la décision de l'autorité administrative<sup>37</sup>. Mais la décision de la juridiction nationale peut aussi intervenir postérieurement à celle de la Commission. Les choses sont plus simples dans ce dernier cette hypothèse puisque la juridiction nationale a l'obligation de se conformer à la décision rendue par l'autorité administrative<sup>38</sup>. La seule exception reste la saisine en cas de doute de la CJUE à titre préjudiciel<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Communication de la Commission sur la coopération avec les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité, *op.cit*, pt.12.

<sup>37</sup> La litispendance s'entend comme un acte de procédure par lequel une juridiction surseoit à statuer au profit d'une autre. Le problème que pose la transposition de ce terme dans le cadre du règlement 1/2003 est que la Commission n'est pas, strictement parlant, une juridiction. Si la Communication ne mentionne d'ailleurs pas explicitement ce terme, elle en garde implicitement le mécanisme.

<sup>38</sup> Communication commission sur la coopération avec les juridictions nationales, *op.cit*, pt.13.

<sup>39</sup> Indiquons qu'en dehors de ces différentes hypothèses, la Commission dispose de moyens de contraintes supplémentaires pour garantir une application homogène du droit de la concurrence. Elle peut certes rappeler,

Les différents mécanismes évoqués confirment l'hypothèse selon laquelle la Commission s'est octroyé des compétences supplémentaires dans le contrôle de l'interprétation du droit de la concurrence. Sous prétexte de prévenir une (re)nationalisation du droit européen, elle a encouragé l'adoption de dispositions lui permettant d'étendre son contrôle sur les juges nationaux. Les dispositions non consensuelles ont fait l'objet de reformulation au moyen de communications ultérieures. L'argument d'une (re)nationalisation éventuelle a donc été brandi s'agissant par exemple de l'article 3. Devant l'opposition de la quasi-totalité des États membres, la Commission a reculé en contournant cette opposition par le biais de communications ultérieures. S'agissant de l'article 16, la Commission s'est appuyée sur la jurisprudence de la Cour pour le faire faire admettre lors des négociations et ainsi, passer outre l'opposition d'un certain nombre d'États membres<sup>40</sup>. Une stratégie identique s'observe dans la définition du champ d'application du droit de la concurrence.

---

conformément à l'article 16 du règlement 1/2003, que les juridictions nationales doivent s'efforcer de ne pas prendre des décisions contradictoires de celles de la Commission. Elle peut aussi, si la juridiction nationale ne se conforme pas aux dispositions précitées du règlement, utiliser la procédure de recours en manquement en vue de faire constater par la Cour, la non-application du droit européen. On retombe alors dans le classique mécanisme d'encadrement procédural des juges nationaux et son corollaire: les principes d'équivalence et d'effectivité, in C. BLUMANN, L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3<sup>e</sup> ed. Litec, 2007, p.399-412; CJCE, 19 juin.1991, *Francovitich c/ République italienne*, aff.C-6/90, Rec p.I-2357; CJCE, 5 mars.1996, *Brasserie du pêcheur SA c/ République Fédérale d'Allemagne*, Rec p.I-1029; CJCE, 14 déc.1995, *Van Schijndel et van Veen*, aff. C-430/93 et C-431/93, Rec p.I-4705, pt.17; CJCE, 9 déc.2003, *Commission/Italie*, aff. C-129/00, Rec p.I-14637, pt.25; CJCE, 15 avr.2008, *Impact*, aff. C-268/06, Rec p. I-2483, pts.44 à 46. De plus, l'invocation des articles 101 et 102 devant les juridictions nationales est désormais un moyen «d'ordre public» à l'instance. Ce qui signifie que le juge national a l'obligation de les relever d'office, quand bien même le moyen n'aurait pas été soulevé par les parties: CJCE, 14 déc.1995, *van Schijndel*, aff.jtes C-430/93 et C-431/93, Rec. 1995, p.I-04705; CJCE, 1<sup>er</sup> juin.1999, *Eco Swiss China Time Ltd c/ Benetton International NV*, aff.C-126/97, Rec.p.I-03055; CJCE, 20 sept.2001, *Bernard Crehan et Courage Ltd. e.a.*, aff.C-453/99, Rec.2001, p.I-6297; CJCE, 13 juil.2006, *Vicenzo Manfredi*, aff.C-295 à 298/04, Rec.2006, p.I-6619, note M. Chagny, *RLC*, 2006, n°9, p.86-89; note P. Iannuccelli, «La Cour botte en touche sur la réparation civile des dommages causés par les infractions aux règles de concurrence», *RLC*, 2006, n°9, p.67-72; note L. Idot, *Europe*, oct.2006, comm. n°291, p.24-25. Enfin, depuis l'arrêt *Köbler*, la responsabilité d'un Etat peut être engagée dans l'hypothèse où la juridiction nationale n'aurait pas fait application de dispositions européennes dont peuvent se prévaloir les particuliers: CJCE, 30 sept.2003, *Köbler*, Rec.2003, p.I-7091, concl. P. Leger; CJCE, 13 juin.2006, *Traghetti del Mediterraneo*, aff. C-173/03, Rec.2006, p.I-5177. Pour une discussion de l'ensemble de ces points: J-C. FOURGOUX, «Quel rôle désormais pour les juridictions nationales dans le cadre du règlement n° 1/2003 sur les règles de concurrence?», *RLC*, n°4, 2005, p.123-125; P. OLIVIER, «Le règlement 1/2003 et les principes d'efficacité et d'équivalence», *CDE*, 2005, p.531; E. A. RAFFAELLI, «Le contentieux de la concurrence, archétype du processus d'harmonisation? L'application du droit européen de l'antitrust par le juge national», in *Gaz.Pal*, n° spécial, *La justice économique en Europe*, 2008, p.58-61.

<sup>40</sup> C'est ainsi par exemple sur l'article 16, que l'objection successive des délégations italiennes, allemandes, luxembourgeoises puis néerlandaises demandant soit d'ajouter à la fin de l'article «lorsque les faits en l'espèce sont identiques», soit encore de supprimer cet article a été contournée au motif qu'il s'agissait d'une codification de la jurisprudence *Masterfoods*, in Conseil de l'Union européenne, Bruxelles, 12 déc.2000, 14454/00, Résultats des travaux du groupe «concurrence» en date du 23-24 nov.2000.

## B- L'élargissement du champ d'application du droit de la concurrence

C'est un fait bien connu qu'un litige peut relever du droit national et/ou européen. Ce dernier ne s'applique, selon la formule consacrée, qu'à condition qu'il soit porté une «atteinte sensible aux échanges». Ce critère d'application et de délimitation entre situations purement internes et européennes a été forgé par la Cour<sup>41</sup>. Son interprétation est d'une haute importance, tant la nature des règles de concurrence en dépend. Pourtant capital, ce point n'a fait l'objet que de simples lignes directrices<sup>42</sup>. On a vu, s'agissant de l'épisode de l'article 3, que la délégation allemande s'était opposée à une européenisation totale des articles 101 et 102 TFUE. La Commission a néanmoins réussi à contourner cette opposition; elle l'a d'autant mieux contournée par le moyen des lignes directrices sur la notion d'affectation du commerce entre États membres<sup>43</sup>.

De façon schématique, les lignes directrices ne mettent l'accent que sur des critères d'ordre quantitatifs. Au lieu de préciser le sens «d'affectation du commerce», elles se concentrent sur la quantification d'un seuil minimal instaurant une forme de présomption négative<sup>44</sup>. Ce raisonnement *a contrario* a permis d'étendre sensiblement le champ d'application du droit de l'Union. En conséquence, le droit européen n'est pas applicable sous réserve de deux conditions cumulatives. La première condition pose que la part de marché totale des parties n'excède pas 5% sur le marché européen. La seconde condition plafonne en matière d'accords horizontaux, le chiffre d'affaires des entreprises à 40 millions d'euros. Le pourcentage de référence de la part de marché qui était auparavant de 5% pour les accords horizontaux et 10% pour les accords verticaux, passe à un seuil unique de 5%<sup>45</sup>. Derrière ces

---

<sup>41</sup> CJCE, 30 juin.1966, *LTM c/ MBU*, aff.56/65, Rec.p.337; CJCE, 25 nov. 1971, *Beguelin Import/ GL Export*, aff. C-22/71, Rec.1971, p.949; CJCE, 28 févr.1991, *Stergio Delimitis c/Heininger Brau AG*, aff.C234/89, Rec.1991, *op.cit.*

<sup>42</sup> Communication de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, JO, n° C 101, du 27 avr. 2004, p.81.

<sup>43</sup> CJCE, *Consten c/ Grundig*, 13 juil.1966, aff.jtes, 56/64 et 58/64, Rec. 1966, p. 429; CJCE, 6 mars.1974, *ICI spa c/ Commercial Solvents*, aff.jtes, 6/73 et 7/73, Rec. 1974, p. 223; CJCE, 14 juil.1981, *Züchner*, aff. 172/80, Rec.1981, p.2021. On peut utilement se reporter sur la question à S. POILLOT-PERUZETTO, «Affectation du commerce entre les États membres», in G. CANIVET, F. BRUNET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, 2006, p.51.

<sup>44</sup> Communication de la Commission relative à la notion d'affectation du commerce entre États membres, *op.cit.*, § 44-57; J-P. VIENNOIS, «Les rapports entre droit communautaire de la concurrence et droits nationaux sous l'empire du règlement (CE) n°1/2003 du 16 décembre 2002», in C. NOURISSAT, R. WITTERWULGHE (dir.), *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence: un défi pour les juridictions françaises*, Dalloz, 2004, p.33-47.

<sup>45</sup> L. IDOT, *Droit communautaire de la concurrence, le nouveau système de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, *op.cit.*, p.47. Pour une illustration nationale de l'application des dispositions en matière d'affectation du commerce: CA Paris, 24 nov.2009, n°2009/00315; pour une interprétation plus restrictive que celle de la

détails apparemment techniques se dissimulent des questions de compétence lourdes de conséquences: l'abaissement du seuil de sensibilité entraîne mécaniquement l'élargissement du champ d'application des règles de droit européen au détriment des droits nationaux. La marge d'autonomie des États n'en est que plus réduite. Cette vue d'ensemble illustre encore l'extension des prérogatives de la Commission. Celles-ci ne se limitent pas qu'au renforcement du principe de primauté ou à l'élargissement du droit européen. Elles s'immiscent aussi dans l'office des juges nationaux.

**Paragraphe 2:** Les mécanismes d'intervention auprès des juridictions nationales: les autorités de la concurrence, «amies» imposées?

Outre qu'il renforce le principe de primauté, le règlement 1/2003 institue des procédures spécifiques d'intervention devant les juridictions nationales. La Commission justifie l'institution de tels mécanismes par la technicité du droit de la concurrence. L'intervention devant les juges nationaux se fonde ainsi sur une procédure *d'amicus curiae* bien spécifique. Une nouvelle fois, c'est en mobilisant des pratiques antérieures et par la reformulation des normes que la Commission parvient à justifier son contrôle sur les juges nationaux.

Le règlement 1/2003 crée, pour ce faire, de nouvelles obligations à la charge des juges. Pour autant, ces différentes obligations ne reposent pas sur un principe de réciprocité. L'asymétrie la plus manifeste est celle de la procédure *d'amicus curiae* qui instaure un véritable mécanisme d'intervention au profit de la Commission. Il convient de dissocier les obligations générales mises à la charge des juridictions nationales (A) de cette procédure *d'amicus curiae* proprement dite qui mérite des développements plus substantiels (B). Enfin, mentionner les problèmes contentieux qui s'y attachent (C).

A- Les obligations générales du règlement 1/2003: La Commission, organe de contrôle des décisions nationales

Dans le livre blanc relatif à la modernisation du droit de la concurrence, la Commission indiquait qu'*il est nécessaire de mettre en place des mécanismes de coopération entre la Commission et les juridictions (...) afin de déceler les éventuelles difficultés d'interprétation des textes ou les lacunes du cadre législatif. Il est donc envisagé*

---

communication de la Commission: CA Paris, 23 sept.2010, n°2010/63, *Sté Digital Antilles françaises guyane SA et autres*

*d'inscrire une obligation pour le juge de procéder à une telle information dans le texte du règlement (...)*<sup>46</sup>. Au nom du principe de coopération loyale, trois procédures ont été instituées: l'obligation de transmission des décisions, l'obligation de coopération à la demande des juges nationaux, enfin, l'intervention devant les juges nationaux. L'article 15§1 du règlement 1/2003 prévoit en premier lieu, que les juridictions ont la possibilité de se procurer auprès de la Commission différents types d'informations ou, plus encore, des avis au sujet de questions relatives à l'application des articles 101 et 102 TFUE. Dans la communication qu'elle formule à ce sujet, la Commission se donne effectivement pour mission d'aider, au nom de la coopération loyale, les juridictions nationales de diverses manières.

Elle établit à ce titre, un devoir d'assistance envers ces juridictions. Si elles en font la demande, l'autorité administrative a l'obligation de fournir un certain nombre de renseignements relatifs à une affaire en cours<sup>47</sup>. Ces renseignements peuvent prendre la forme de documents écrits ou d'informations procédurales dans le cas où la Commission aurait statué sur une affaire similaire. Les juridictions nationales peuvent aussi adresser des demandes d'avis concernant l'interprétation des articles 101 et 102. La Communication précise en ce sens que les juridictions peuvent: «(...) solliciter l'avis de la Commission sur des questions économiques, factuelles et juridiques»<sup>48</sup>. Il est indiqué pour toutes ces hypothèses que l'avis de la Commission ne lie en aucun cas les juridictions nationales. Sur l'ensemble de ces points, le règlement 1/2003 se borne à reprendre les mécanismes instaurés sous l'empire d'une communication antérieure de février 1993<sup>49</sup>.

Néanmoins en contrepartie, et toujours au nom du principe de coopération loyale, les juridictions ont désormais l'obligation de transmettre copie des décisions relatives aux articles 101 et 102 TFUE. Le règlement 1/2003 crée une obligation d'information qui renforce la surveillance qu'exerce la Commission sur les juges nationaux. Enfin, les autorités nationales de la concurrence ou la Commission peuvent soumettre devant les juridictions nationales des observations écrites ou orales dès lors que l'application «cohérente» de l'article 101 et 102 l'exige. Ici encore, la Commission fait appel au principe de coopération loyale dont on sait qu'il fait l'objet d'une interprétation très large afin de rendre légitime le rôle de cohésion

---

<sup>46</sup> Livre Blanc, relatif à la modernisation des articles 81 et 82 CE, *op.cit*, pt.107.

<sup>47</sup> Art. R. 470-3 du Code de commerce; art. L. 462-3 du Code de commerce transposant l'ordonnance du 4 nov. 2004, n°2004-1173

<sup>48</sup> Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions des Etats membres, *op.cit*, §27.

<sup>49</sup> Communication (CE) n°93/C 39/05, JOCE 13 févr.1993, p.6

qu'elle s'arroge<sup>50</sup>. Les autorités de la concurrence, sur le modèle d'experts, sont en mesure d'intervenir devant le juge national. Plus encore, la Commission dispose de la possibilité d'intervenir d'office devant ces mêmes interprètes.

## B- L'intervention sous les habits de *l'amicus curiae*

Il convient dans un premier temps de mettre l'accent sur la spécificité du mécanisme d'*amicus curiae* institué par le règlement 1/2003 (a), avant d'aborder dans un second temps les problèmes que ce mécanisme est susceptible de poser pour l'indépendance des juges nationaux (b).

### a- Spécificité de l'*amicus curiae* au sens du règlement 1/2003

La Commission a la possibilité de présenter d'office des observations devant les juges nationaux<sup>51</sup>. L'article 15§3 lui donne cette compétence au regard du principe de coopération loyale. Les observations formulées peuvent être écrites ou orales: dans le premier cas, le juge est tenu de les admettre; non dans le second<sup>52</sup>. L'hypothèse d'une intervention écrite impose à la juridiction nationale de fournir à la Commission tous les éléments nécessaires à la connaissance du litige<sup>53</sup>. Ce dernier cas de figure n'est envisageable qu'à condition que l'application «cohérente» des articles 101 et 102 l'exige. En effet, le terme d'*amicus curiae* ne figurait pas dans la version initiale du texte présenté par la Commission<sup>54</sup>. La formulation suggérée était plutôt celle «*d'intervention d'office*» dans «*l'intérêt public*»<sup>55</sup>.

---

<sup>50</sup> Pour une illustration de ce principe: CJCE, 6 mai.1982, *Fomme c/BALM*, aff. C-54/81, Rec, p.1149; CJCE, 2 févr.1977, *Amsterdam Bulb*, aff.C-50/76, Rec, p.137; CJCE, 16 nov.1977, *Inno c/ATB*, aff.C-13/77, Rec, p.2115; CJCE, 17 déc.1970, *Scheer*, aff.C-30/70, Rec.1970, p.1197; CJCE, 19 mai.1992, *Commission c/Allemagne*, aff.C-195/90, Rec, p.I-3141; CJCE, 2 juin.2005, *Commission c/Luxembourg*, aff.C-266/03, Rec.p.I-4805; CJCE, 14 juil.2005, *Commission c/Allemagne*, aff. C-433/03, Rec.p.I-6985

<sup>51</sup> Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 déc.2002, relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *op.cit.*

<sup>52</sup> Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions des Etats membres, *op.cit.*, §31.

<sup>53</sup> Pour une analyse de la question: S. PETRINI, «Indépendance et interdépendance des juridictions et autorités de la concurrence», *LPA*, 27 mars.2009, n°62, p.7.

<sup>54</sup> Proposition de règlement du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *op.cit.*, article 15.

<sup>55</sup> Proposition de règlement du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité et modifiant les règlements (CEE) n°1017/68 (CEE) n°2988/74 n°4056/86 (CEE) n°3975/87 (CEE) («règlement d'application des articles 81 et 82 du traité»), 2000/ C 365 E/28, COM 2000 582 final, JO, 365 E/284, du 19 déc.2000. Selon cette version, l'article 15§3 est alors rédigé comme suit: «*Pour des raisons d'intérêt public communautaire, la Commission peut, agissant d'office, soumettre des observations écrites ou orales aux juridictions des Etats membres au sujet de procédures soulevant des questions d'application des articles 81 ou 82 du traité. Elle peut se faire représenter par les autorités de concurrence des Etats membres.*

Si le terme *d'amicus curiae* a, par la suite, été préféré, c'est sans doute qu'il inspirait moins la perplexité que l'expression «*d'intervention*» dans «*l'intérêt public*»<sup>56</sup>. Car la formulation initiale de la Commission soulevait nombre de problèmes en ce qu'elle heurtait les principes d'indépendance des juridictions nationales et de subsidiarité<sup>57</sup>. Les réserves du Parlement ainsi que des représentants nationaux ont conduit Bruxelles à renoncer, du moins formellement, à une telle formulation. Plus acceptable, mais non moins polysémique, le terme *d'amicus curiae* a été préféré à celui *d'intervention dans l'intérêt public*.

Sur le fond cependant, il n'évacue pas le problème de savoir s'il existe des limites à l'intervention des autorités de la concurrence devant les juges. Dans le cas contraire, le mécanisme d'intervention d'office est susceptible de porter atteinte à l'indépendance des autorités judiciaires. Si, lors des négociations, nombre de délégations ont entrevu ce problème, elles ont préféré se défaire, en cas de contentieux futurs, sur la Cour de justice. Les mots ont donc changé, mais non les débats de fond, comme l'illustrent les premières interprétations du règlement 1/2003<sup>58</sup>.

Car le terme *d'amicus curiae* qu'emploie le règlement n'a rien à voir avec la signification usuelle qu'en donne la doctrine. *L'amicus curiae* dans ce second sens, n'est pas la procédure d'intervention obligatoire que prévoit le règlement 1/2003. Elle n'est pas non plus une procédure d'expertise. L'expertise a pour but d'éclairer le juge sur une question de «fait», par l'expert ou le technicien mandaté à cet effet en vertu de l'article L. 232 du Nouveau Code de Procédure Civile (ci-après NCPC) et R. 621-1 du Code de Justice administrative. L'expert est, à ce titre, nommé par le juge pour effectuer une mission qui lui est notifiée dans

---

*Celles-ci peuvent également, de leur propre initiative, soumettre des observations écrites ou orales aux juridictions nationales de leur Etat. A cette fin, la Commission et les autorités de concurrence des Etats membres peuvent demander aux juridictions nationales de leur transmettre tout document nécessaire.»*

<sup>56</sup> Comme l'illustrent les réserves contenues dans la proposition du Parlement amendant totalement cette formulation de la Commission, in Proposition de règlement du Conseil relative à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité et modifiant les règlements (CEE) n° 1017/68, (CEE) n° 2988/74, (CEE) n° 4056/86 et (CEE) n° 3975/87 (règlement d'application des articles 81 et 82 du traité) COM(2000) 582-C5-0527/2000- 2000/0243 (CNS), Résolution législative du Parlement européen sur la proposition de règlement du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité et modifiant les règlements (CEE) n° 1017/68, (CEE) n° 2988/74, (CEE) n° 4056/86 et (CEE) n° 3975/87 (règlement d'application des articles 81 et 82 du traité) COM(2000) 582-C5-0527/2000 - 2000/0243(CNS), JOCE, 2002, n° C 72 E, p.205.

<sup>57</sup> La position du Parlement n'était toutefois pas la même que celle du Conseil économique et social: Avis du Comité économique et social sur la "Proposition de règlement du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité et modifiant les règlements (CEE) n° 1017/68, (CEE) n° 2988/74, (CEE) n° 4056/86 et (CEE) n° 3975/87 ("règlement d'application des articles 81 et 82 du traité"), JOCE, 2001, n°C 155, p.73.

<sup>58</sup> V. développements infra.

le cadre d'une mesure d'instruction. Sa nomination est susceptible d'être contestée. Il peut par conséquent être récusé s'il est établi un lien quelconque avec le juge ou l'une des parties<sup>59</sup>.

De façon quelque peu différente en droit civil, *l'amicus curiae* peut, comme l'expert, intervenir lui aussi dans l'instance à la demande du juge; mais il doit préalablement y être expressément invité. Il faut reconnaître que la signification du terme reste très floue. Certains auteurs le définissent de la manière suivante: «une personnalité dont l'autorité morale, scientifique et humaine est unanimement reconnue et qui est invitée par le juge à lui fournir des informations propres à l'éclairer sur le litige qui lui est soumis (...) En effet, l'avis de *l'amicus curiae* peut porter non seulement sur des questions de fait, mais encore sur des questions de droit au contraire du constatant, du consultant ou de l'expert»<sup>60</sup>.

Il faut remarquer, à tout le moins, le décalage entre la façon dont les textes envisagent le statut de «l'ami» de la cour et la façon dont la doctrine rend compte de cette catégorie. Si les textes cantonnent le rôle de *l'ami* aux faits, la doctrine estime pour sa part que sa mission peut autant s'attacher à la détermination de faits qu'à l'interprétation de la norme<sup>61</sup>. La Cour d'appel de Paris estime quant à elle que l'audition de *l'amicus curiae* peut porter sur «toutes informations propres à éclairer (le juge) dans sa recherche d'une solution du litige»<sup>62</sup>. La seule obligation qui s'attache à la désignation de «l'ami» est le respect du contradictoire et celui du droit de la défense<sup>63</sup>: le juge a l'obligation de transmettre aux parties les observations de l'ami<sup>64</sup>.

---

<sup>59</sup> Article 234 NCPC: «Les techniciens peuvent être récusés pour les mêmes causes que les juges. S'il s'agit d'une personne morale, la récusation peut viser tant la personne morale elle-même que la ou les personnes physiques agréées par le juge. La partie qui entend récuser le technicien doit le faire devant le juge qui l'a commis ou devant le juge chargé du contrôle avant le début des opérations ou dès la révélation de la cause de la récusation. Si le technicien s'estime récusable, il doit immédiatement le déclarer au juge qui l'a commis ou au juge chargé du contrôle».

<sup>60</sup> D. MAZEAUD, «L'expertise de droit à travers l'*amicus curiae*», in G. CANIVET, M-A. FRISON-ROCHE, *L'expertise*, Dalloz, 1995, p.110. Le vocabulaire Cornu de son côté définit *l'amicus curiae* en ces termes: «désigne une expression latine signifiant littéralement «ami de la Cour» empruntée aux anglais pour désigner la qualité de consultant extraordinaire et d'informateur bénévole en laquelle la juridiction saisie invite une personnalité à venir à l'audience afin de fournir, en présence de tous les intéressés, toutes les informations propres à éclairer le juge, (...) l'opinion de *l'amicus curiae* ne liant pas le juge, à l'instar de l'avis de l'expert ou du consultant (art. 246 NCPC) mais pouvant, à la différence de cet avis (art. 238), porter sur des questions de droit (...)», in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 8<sup>e</sup> ed. PUF, 2000.

<sup>61</sup> D. MAZEAUD, «L'expertise de droit à travers l'*amicus curiae*», *op.cit.*; Y. LAURIN, «L'*amicus curiae*», *JCP G*, 1992, I. 3603, n°9, p.347.

<sup>62</sup> In A-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, 2008, p. 567.

<sup>63</sup> CA Paris, 21 juin. 1988, *Hudon*, Rec. 1989, p.341, note Y. Laurin, *D*, 1989, p.341.

<sup>64</sup> Deux décrets de 2005 suivis d'une circulaire de 2006, précisent, conformément au principe d'indépendance procédurale, les procédures de mise en œuvre du système *d'amicus curiae* du règlement 1/2003. Reprenant implicitement les acquis de la jurisprudence nationale, la circulaire ajoute à la communication de la Commission de 2004 que *l'amicus curiae* est une procédure avant dire droit soumise au respect du principe du contradictoire, ce qui revient à dire, contrairement à ce que semble soutenir la Commission, qu'à supposer que les observations formulées devant les juges comprennent des informations relatives au secret des affaires, celle-ci devraient être transmises aux parties: Décret n°2005-1667 du 27 déc.2005 modifiant le décret n° 87-849 du 19 oct.1987, *relatif*



Pourtant, le règlement 1/2003 confère au terme *d'amicus curiae* une signification radicalement différente. Une première divergence vient de ce que l'initiative d'inviter ou pas l'ami n'appartient pas au juge. L'article 15§3 énonce que la Commission peut, par écrit, même si les juridictions n'en font pas la demande expresse, soumettre son avis sur l'interprétation qu'il y a lieu de donner aux articles 101 et 102 TFUE. Cette initiative est possible à partir du moment où l'application «cohérente» de ces dispositions l'exige. En ce sens, le choix du terme *amicus curiae* n'est pas neutre puisqu'il réfère faussement aux rapports antérieurs entre les juridictions nationales et de la Commission qui existaient sous l'empire de la communication de février 1993<sup>65</sup>. L'intervention de la Commission n'était alors tributaire que de la volonté du juge.

Une seconde divergence vient du fait qu'à la différence de la définition usuelle qui s'attache au terme *d'amicus curiae*, le règlement 1/2003 ne prévoit pas la possibilité pour les parties de proposer un «ami» de façon contradictoire. Dans la communication qu'elle adresse

---

*aux recours exercés devant la Cour d'appel de Paris contre les décisions du Conseil de la concurrence*, JORF n°302, 29 déc. 2005, p.20215; décret n°2005-1668 du 27 déc.2005 portant modification du décret n°2002-689 du 30 avr.2002 fixant les conditions d'application du livre IV du Code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, JORF, n° 302, 29 déc.2005, p. 20216; circ. Min. Justice du 22 mai.2006 relative à la modernisation des règles l'application des articles 81 et 82 du traité et des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce relatif aux pratiques anticoncurrentielles, p.8. Pour une discussion sur le principe du contradictoire: L. ORTIZ BLANCO, *EC Competition Procedure*, 2006, Oxford univ Press, p.86-98.

<sup>65</sup> Communication de la Commission (CE) n° 93/C 39/05, JOCE 13 févr.1993, p.6, pts.36-39: «*Si ces indications générales ne suffisent pas, les juridictions nationales ont la possibilité, dans les limites de leur droit national de procédure, de s'adresser à la Commission, et notamment à sa direction générale de la concurrence, afin de demander les informations suivantes. Il s'agit en premier lieu de renseignements d'ordre procédural qui permettent de savoir si une certaine affaire est pendante devant la Commission, si une affaire a fait l'objet d'une notification, si la Commission a officiellement engagé la procédure ou si elle s'est déjà prononcée par une décision officielle ou par le biais d'une lettre administrative de ses services. En cas de besoin, les juridictions nationales peuvent également demander à la Commission un avis sur les délais probables de l'octroi ou du refus d'une exemption individuelle pour les accords ou les pratiques notifiés, en vue de déterminer les conditions d'une éventuelle décision de sursis à statuer ou la nécessité d'adopter des mesures provisoires. La Commission s'efforcera, pour sa part, de traiter de façon prioritaire les affaires qui font l'objet de procédures nationales ainsi suspendues, notamment lorsque l'issue d'un litige civil en dépend. Ensuite, les juridictions nationales peuvent consulter la Commission sur des questions juridiques. Lorsque l'application de l'article 85 paragraphe 1 et de l'article 86 du traité CEE leur cause des difficultés particulières, elles ont la possibilité de consulter la Commission sur sa pratique établie concernant le droit communautaire en cause. Pour ce qui concerne les articles 85 et 86, il s'agit notamment des conditions d'application de ces articles relatives à l'affectation du commerce entre États membres et au caractère sensible de la restriction de la concurrence résultant des pratiques énumérées dans ces dispositions. Dans ses réponses, la Commission n'aborde pas le fond de l'affaire. En outre, lorsqu'elles éprouvent des doutes sur la possibilité qu'une entente litigieuse puisse bénéficier d'une exemption individuelle, elles peuvent demander à la Commission de leur communiquer un avis provisoire. Si la Commission répond qu'une exemption est improbable dans le cas d'espèce, les juridictions nationales pourront renoncer au sursis à statuer et se prononcer sur la validité de l'entente. Les réponses données par la Commission ne lient pas les juridictions qui les ont demandées. Dans ces réponses, la Commission précise que sa position n'est pas définitive et que le droit de la juridiction nationale de saisir la Cour de justice, conformément à l'article 177 du traité CEE, n'est aucunement affecté. Cependant, la Commission estime que ces réponses peuvent fournir une aide utile pour la résolution des litiges. Enfin, les juridictions nationales peuvent se renseigner auprès de la Commission pour ce qui concerne les données factuelles: statistiques, études de marché et analyses économiques. La Commission s'efforcera de communiquer ces données, dans les limites précisées au paragraphe 41, ou indiquera la source où ces données peuvent être obtenues.*».

aux juridictions nationales, la Commission se garde bien d'affirmer ouvertement que les juges nationaux sont liés par ses avis; mais il ne fait aucun doute que le renforcement du principe de primauté de même que le caractère désormais contraignant de la pratique décisionnelle de la Commission au regard de l'article 16, sont autant d'exigences supplémentaires qui poussent l'interprète national à tenir compte de l'avis rendu. Le mécanisme d'intervention du règlement 1/2003 n'a, en ce sens, pas tardé à faire l'objet de contentieux.

b- Les problèmes contentieux soulevés par l'interprétation de l'article 15§3<sup>66</sup>

En parvenant à être au cœur du mécanisme d'application des règles de concurrence, dans l'obligation pour les juridictions de tenir compte au plus près de sa pratique décisionnelle, dans l'abaissement des seuils du «critère d'affectation des échanges», dans la formation des interprètes au maniement des catégories du droit de l'Union, ou dans la remise en cause d'un système de «double barrière», la Commission s'assure d'un contrôle substantiel sur les juges nationaux. Elle est suivie dans sa stratégie politique par la Cour de Justice, ce dont témoigne le contentieux naissant de l'article 15§3.

En effet, l'article 15§3 n'a pas tardé à faire l'objet de litiges. Une juridiction néerlandaise a posé à la Cour une question préjudicielle sur le point de savoir si ladite disposition autorise la Commission à soumettre d'office des observations écrites s'agissant d'un contentieux fiscal. Le litige portait sur la déduction d'amendes infligées pour violation du droit européen de la concurrence<sup>67</sup>. Des entreprises voulaient soustraire du montant de l'impôt sur les sociétés, une amende infligée précédemment par la Commission européenne. Ainsi, l'article 15§3 autorise-t-il la Commission à intervenir d'office, même dans un contentieux qui n'est pas celui du droit de la concurrence afin de garantir l'application «cohérente» des articles 101 et 102 TFUE?

Deux thèses se sont affrontées devant la Cour. La première, défendue par le gouvernement néerlandais, pose une interprétation littérale: l'intervention de la Commission sur le fondement de l'article 15§3 doit s'entendre de façon restrictive. Ce qui suppose que la Commission n'est en droit d'intervenir que si les articles 101 et 102 TFUE sont explicitement

---

<sup>66</sup> Rappelons que l'article 15§3 dispose: «Les autorités de concurrence des Etats membres, agissant d'office, peuvent soumettre des observations écrites aux juridictions de leur Etat membre respectif au sujet de l'article 81 ou 82 du traité. Avec l'autorisation de la juridiction en question, elles peuvent aussi présenter des observations orales. Lorsque l'application cohérente de l'article 81 ou 82 du traité l'exige, la Commission, agissant d'office, peut soumettre des observations écrites aux juridictions des Etats membres. Avec l'autorisation de la juridiction en question, elle peut aussi présenter des observations orales.»

<sup>67</sup> Demande de décision préjudicielle présentée par le Gerechtshof d'Amsterdam le 17 septembre 2007, *Inspecteur van de Belastingdienst/P c/ kantoor P/X BV*, aff. C-429/07, (2007/C 297/37)

soulevés comme moyens devant le juge. Une seconde thèse, défendue par l'avocat général, la Commission et le gouvernement Italien, propose une interprétation plus large: l'application cohérente de l'article 15§3 doit s'entendre non seulement à partir du moment où l'application des articles 101 et 102 fait explicitement l'objet d'un litige, mais aussi, de façon plus générale, dès lors que cette application est compromise, quelque soit la nature du contentieux visé<sup>68</sup>.

L'avocat Mengozzi invite en ce sens la Cour à une interprétation large de la mission de «cohérence» dévolue à la Commission. Pour l'avocat général, le fait qu'une entreprise déduise ses revenus de l'amende pour laquelle elle a été condamnée par ailleurs pour avoir enfreint le droit de la concurrence, n'empêche nullement la Commission de présenter des observations écrites devant une juridiction fiscale, et ce, même si la référence aux articles 101 et 102 n'est pas explicite. Cette thèse a finalement emporté la conviction de la Cour. Les juges décident que dès l'instant où un litige fiscal porte atteinte à l'effectivité du droit de l'Union, la Commission est légitime à intervenir d'office<sup>69</sup>. Les conclusions de l'avocat général éclairent davantage la justification retenue s'agissant de la conciliation avec le principe d'indépendance des juridictions et l'autonomie procédurale des États membres.

En substance, la justification de la Cour joue sur le sens très polysémique du terme *amicus curiae*. Les juges estiment logiquement que cette procédure ne lie pas le juge national. En conséquence, il n'y a pas lieu de craindre pour l'indépendance des juridictions. La Cour ajoute au demeurant que la Commission, lorsqu'elle agit d'office, n'est pas partie au litige. Elle se borne simplement, en tant que gardienne de la «cohérence» du droit européen, à formuler des observations nécessaires à cette entreprise. Cette lecture des choses n'est pas exclusive comme on se propose de le voir. Le contentieux autour de l'article 15§3 n'est, en effet, pas prêt de s'arrêter: récemment, une Cour d'appel Belge a posé à titre préjudiciel un certain nombre de questions délicates. Notamment, elle demande à la Cour si une autorité de concurrence est habilitée à être partie à un litige mettant en cause la légalité d'une décision de cette même autorité prise dans le cadre de l'application des articles 101 et 102 TFUE<sup>70</sup>. Sur l'ensemble de ces questions, les réponses de la Cour sont très attendues.

---

<sup>68</sup> Conclusions P. Mengozzi, sous *Inspecteur van de Belastingdienst/P/kantoor P c/ X BV*, présentées le 5 mars. 2009, *op.cit.*

<sup>69</sup> CJCE, 11 juin.2009, *X BV*, aff.C-429/07, note E. Barbier De La Serre, M. Lavedan, «Une leçon de la Cour sur l'ampleur de l'amitié: la Commission *amicus curiae* et les juridictions nationales», *RLC*, 2009, n°21, p.68-71; note L. Idot, *Europe*, août/sept.2009, comm. n°322, p.33; note J. Vialens, *Gaz. Pal*, sept.2009, p.6-9.

<sup>70</sup> Les conclusions Mengozzi s'orientent vers la reconnaissance d'une telle intervention dans le cadre de litiges. Plus encore, elles reconnaissent aux autorités nationales le droit d'être parties dans des litiges lorsque la légalité de leurs décisions fait l'objet de litige d'une part, et, d'autre part, lorsque l'application cohérente des articles 101 et 102 TFUE l'exige. Ce qui confirme que les autorités nationales de la concurrence sont le relai de la

c- Quelle(s) justification(s) pour le mécanisme d'intervention d'office?

Un regard d'ensemble des mécanismes du règlement 1/2003 qui ont été exposées jusqu'ici montrent que l'avis rendu par la Commission dans le cadre d'une intervention d'office a tout intérêt à être entendu. Ce, d'autant que l'arrêt précédent renforce la légitimité de la Commission dans son rôle de cohésion. Des risques d'antinomie entre normes européennes et nationales en découlent inévitablement. Dans sa décision du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, le Conseil constitutionnel a érigé l'indépendance des juridictions en principe fondamental reconnu par les lois de la République<sup>71</sup>. Si l'on admet que ce principe englobe aussi la liberté d'interprétation, comment y a-t-il lieu de le concilier avec le mécanisme d'*amicus curiae* du règlement 1/2003?

La Commission, autorité administrative, n'est, quoiqu'on puisse en penser, pas une juridiction. La question de savoir à quel titre elle est habilitée à intervenir d'office devant des juridictions nationales ou comment il est possible de justifier cet interventionnisme demeure<sup>72</sup>. Exerce-t-elle une forme de «ministère public»? Précisément, cet aspect pose problème: comment concilier l'interventionnisme de la Commission avec le principe d'indépendance des juridictions tout en sachant par ailleurs que les autorités de la concurrence ont pour tâche de veiller à la légalité des articles 101 et 102 TFUE<sup>73</sup>? La frontière entre le contentieux «objectif» et le contentieux «subjectif»<sup>74</sup> n'est-elle plus que factice<sup>75</sup>?

---

Commission dans le contrôle de l'application cohérente du droit de la concurrence: Conclusions P. Mengozi, du 25 mars.2010, sous aff. *VEBIC*, aff. C-439/08.

<sup>71</sup> Décision n° 80-119 DC, 22 juil.1980, *Loi portant validation des actes administratifs*, cons 6: «*Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement; qu'ainsi, il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence*». Cette question de l'indépendance des juges nationaux aurait pu être abordée de façon incidente lors d'une question prioritaire de constitutionnalité posée sur la conformité du règlement 1/2003 à la constitution: Cass, 18 juin.2010, n°09-72.9657. En l'espèce, c'est la légalité de l'intervention de l'Autorité de la concurrence au regard des règles du procès équitable qui était mise en cause.

<sup>72</sup> La signification vague du terme «ordre public» impose de prendre un certain nombre de précautions d'ordre terminologiques. Pour la suite de notre propos, on utilisera le terme par comparaison aux prérogatives dont dispose en droit pénal le ministère public devant les juridictions civiles ou commerciales: P. DEUMIER, T. REVET, «L'ordre public», in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF/ LAMY, 2003, p.1119-1122.

<sup>73</sup> Pour une illustration de ce que les juges nationaux ont pour tâche de veiller à l'application du droit de la concurrence: CJCE, 7 juin.1983, *Musique Diffusion française e.a. c/ Commission*, aff.C-100/80 à 103/80, Rec.p.1825, pt.105; CJCE, 7 juin.2007, *Britannia Alloys & Chemicals/Commission*, aff.C-76/06 P, Rec.p.I-4405, pt.22.

<sup>74</sup> Rappelons une nouvelle fois, que le contentieux «objectif» désigne la mission de protection du marché qu'assume l'autorité administrative. A l'inverse, on parle de contentieux «subjectif» pour désigner les droits subjectifs dont les requérants peuvent se prévaloir devant le juge notamment en matière de réparation.

Admettre que l'interventionnisme des autorités de la concurrence rejoigne celui d'un ministère public n'emporte pas non plus satisfaction. Gardien de l'ordre public<sup>76</sup>, le ministère public a la possibilité de saisir les juridictions répressives, donc d'intenter au principal une action en justice. Cette faculté de poursuivre n'affecte en rien l'instance introduite en parallèle devant des juridictions civiles ou commerciales<sup>77</sup>. Le ministère public peut de même se constituer partie jointe ou principale lorsqu'il intervient pour faire connaître son avis sur une affaire dont il a connaissance touchant l'«ordre public» conformément aux domaines régis par la loi<sup>78</sup>.

Rien de tel en droit européen de la concurrence où la Commission peut présenter d'office des observations devant les juridictions nationales, non pour notifier l'initiative d'une action parallèle, mais pour «assister» le juge dans l'interprétation qu'il rend. La sauvegarde d'un «intérêt public», à supposer que telle soit la justification de l'article 15§3 se confond alors avec la mission d'harmonisation du droit de la concurrence pourtant censée n'être assumée que par les seuls juges nationaux<sup>79</sup>. On retrouve là toute l'ambivalence du règlement 1/2003 qui, d'un côté, met en avant l'idée de décentralisation pour, d'un autre côté, mieux renforcer le contrôle de la Commission sur les juges nationaux<sup>80</sup>.

Précédemment au règlement 1/2003, la Cour d'appel de Paris rappelait que la procédure administrative devant l'autorité de la concurrence était indépendante de celle intentée devant les juridictions nationales: *«la décision rendue dans un litige opposant des particuliers est sans effet sur celle que le Conseil de la concurrence, autorité administrative indépendante investie du pouvoir de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles est amené à rendre dans l'exercice des fonctions qui lui sont dévolues, qu'il s'ensuit que le moyen tiré de l'autorité de la chose jugée ne pouvait en l'occurrence prospérer, et qu'il ne saurait*

---

<sup>75</sup> Pour un argument similaire: E. CLAUDEL, «Faciliter l'établissement des conditions de responsabilité», in *Concurrences*, n°2/2009, colloque, *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts*, p.28-36; M. CHAGNY, «Faut-il prendre en compte les objectifs du droit de la concurrence dans les actions en dommages-intérêts?», *Rev. Lamy. Dr.aff. jav.2007*, p.96.

<sup>76</sup> Art. 40-1 du Code de procédure pénale: *«Lorsqu'il estime que les faits qui ont été portés à sa connaissance en application des dispositions de l'article 40 constituent une infraction commise par une personne dont l'identité et le domicile sont connus et pour laquelle aucune disposition légale ne fait obstacle à la mise en mouvement de l'action publique, le procureur de la République territorialement compétent décide s'il est opportun: soit d'engager des poursuites; soit de mettre en oeuvre une procédure alternative aux poursuites en application des dispositions des articles 41-1 ou 41-2; soit de classer sans suite la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient».*

<sup>77</sup> Sauf l'hypothèse selon laquelle *«le criminel tient le civil en l'état»*: articles 3 et 4 du Code procédure pénale.

<sup>78</sup> Articles L 424 à 429 NCPC

<sup>79</sup> Règlement 1/2003, *op.cit.*, cons. 14, 21, 35, art. 10. Cette justification est défendue par exemple par l'avocat Mengozzi dans ses conclusions sous l'arrêt *VEBIC c/ Raad voor de Medeinging, Minister van Economie*, aff. C-439/08, du 25 mars.2010 non encore délibéré.

<sup>80</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15<sup>e</sup> ed. Montchrestien, 2001, p. 697-700.

*davantage avoir lieu de surseoir à statuer*»<sup>81</sup>. Dans le même ordre d'idées, la Cour de justice déclare irrecevable une question préjudicielle posée par une autorité nationale de concurrence au motif que cette autorité administrative n'entre pas dans la catégorie de «juridiction»<sup>82</sup>. L'arrêt *Syfait* indique que, dans la mesure où elle s'insère dans un réseau d'autorités administratives chapeauté par la Commission, une autorité nationale de concurrence ne peut être qualifiée de juridiction. Même si elle paraît plus nuancée que le droit national, cette jurisprudence accentue l'étanchéité entre les niveaux de procédures administratifs d'un côté et juridictionnels de l'autre<sup>83</sup>. Or, c'est précisément l'image neutre d'expert qui permet à la Commission de mieux asseoir son contrôle sur les juges nationaux. Force est d'admettre que le diptyque contentieux objectif/subjectif devient dès lors factice. Cette confusion traduit encore le fait que la décentralisation du règlement 1/2003 n'est qu'apparente comme l'illustre l'application du règlement en droit français.

Dans le respect du principe d'autonomie procédurale, le législateur a fait le choix de la spécialisation. Ont été désignées, un ensemble de juridictions habilitées à connaître, en première instance puis en appel, du contentieux relatif aux articles 101 et 102 TFUE et L.420-1 à L.420-5 du Code de commerce<sup>84</sup>. Les juridictions chargées d'appliquer en première instance les articles 101 et 102 ont ainsi été expressément choisies parmi d'autres<sup>85</sup>.

---

<sup>81</sup> CA Paris, 1<sup>ère</sup> ch., sect. H, 17 mars, 1998, *Syndicat des pharmaciens de l'Aveyron*; Déc. n° 04-D-21 du 17 juin 2004, *relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des pompes funèbres de la région grenobloise*. La chambre criminelle de la Cour de cassation est allée dans le même sens à propos des observations présentées par le Ministre de l'économie et des finances: Cass.crim, 22 oct.2003, n°02-83.372

<sup>82</sup> CJCE, 31 mai. 2005, *SYFAIT e.a c/GlaxoSmithKline plc*, aff. C-53/03, Rec. 2005, p.I-4609, obs. E. Barbier De La Serre, «Les autorités nationales de concurrence et le renvoi préjudiciel: les enseignements ambigus de l'arrêt *Syfait*», *RLC*, 2005/4, n°299; note L. Idot, «Coopération entre les ANC et le juge communautaire», *Europe*, 2005, comm. n°256; obs. M. Waelbroeck, H. Tagaras, «Les autorités nationales de concurrence et l'article 234 du traité: un étrange arrêt de la Cour de justice», *CDE*, 2005, n°3-4, p.465-492.

<sup>83</sup> La jurisprudence *Master foods* vient nuancer ce point: CJCE, 14 déc.2000, *Masterfoods et HB c/ Commission*, aff. C-344/98, Rec. 2000, p.I-11369, note J-C. Fourgoux, *D*, 2001, p.1864-1867; note L. Idot, *Europe*, févr.2001, comm. n°63, p.22-23; note J. Vialens, *Gaz. Pal*, 2002, p.179-180. Il faut ajouter à ces observations qu'il semble parfois difficile d'identifier, au sein du contentieux national de la concurrence, un titulaire unique du pouvoir de police économique V., par ex, CA Paris, 24 mai.2005, *SARL Digitechnic*, BOCCRF, n°8, 20 sept.2005, p.643; CA Paris, 25 févr.2005, *JC DECAUX*, BOCCRF, n°6, 23 juin.2005, p.481; CA Paris, 25 janv.2005, *EF5*, n°2004/13142; CA Paris, 11 janv.2005, *assoc. ACP*, BOCCRF, n°6, du 23 juin.2005, p.472; CA Paris, 11 janv.2005, *MEF c/ 9 Telecom Réseau*, BOCCRF, n°6, du 23 juin.2005; CA Paris, 16 nov.2004, *Sté Tuyau Bonna Sabla et autres*, BOCCRF, n°1, du 21 janv.2005, p.105. L'article L 470-5 du Code de commerce octroie ainsi la possibilité au Ministre de l'économie et des finances de déposer devant les juridictions pénales ou civiles, des conclusions et de les développer oralement à l'audience et ce, même en matière de pratiques anticoncurrentielles. La même autorité ministérielle peut, à l'occasion, produire devant le juge des procès-verbaux ou des rapports d'enquête (CA Versailles, 30 sept.2004, *SAS Interbrew France c/ SA Boissons France*, n°01/07008). Mais le ministre de l'économie ne peut, à titre principal, intenter aucune action. Son intervention dans le litige reste conditionnée par l'existence d'une instance déjà ouverte.

<sup>84</sup> Conformément à l'article L.420-7 du Code de commerce, cette désignation s'opère par décret en Conseil d'Etat Décret n° 2005-1756 du 30 déc. 2005, art. 4.

<sup>85</sup> Articles R 420-3 à R 420-5 du Code de commerce. De façon exhaustive, voici la liste des juridictions habilités à appliquer les dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles: Marseille pour le ressort des cours d'appel d'Aix-en-Provence, Bastia, Montpellier, Nîmes; Bordeaux pour le ressort des cours d'appel d'Agen,

L'architecture mise en place centralise à la Cour d'appel de Paris la connaissance exclusive des recours en première instance fondés sur les articles 101, 102 et L. 420-1 à L. 420-5 du Code de commerce<sup>86</sup>. Dans un avis publié sur l'opportunité de développer sur le modèle américain, l'action de groupe, le Conseil de la concurrence indiquait sur ce point que «*Le droit des pratiques anticoncurrentielles est un droit spécifique, de caractère technique, qui requiert une capacité d'expertise des tribunaux. L'expertise en analyse économique du fonctionnement des marchés est en effet atypique par rapport aux grands blocs de légalité (droit commercial et droit civil) qui font le quotidien des juridictions. Cette technicité particulière, indispensable au juge de la concurrence devra être renforcée (...) à ce titre, la spécialisation des tribunaux en matière de contentieux de la concurrence acquise très récemment et les formations des juges en matière économique mises en place par la Cour de cassation sont des facteurs très positifs qui contribueront à renforcer l'expertise économique du juge*»<sup>87</sup>. Un tel choix de spécialisation et de centralisation n'a toutefois, comme on va le voir, pas réussi à éviter les divergences d'interprétation ainsi que les conflits de compétence entre juridictions du fond<sup>88</sup>.

---

Bordeaux, Limoges, Pau, Toulouse; Lille pour le ressort des cours d'appel d'Amiens, Douai, Reims, Rouen; Lyon pour le ressort des cours d'appel de Chambéry, Grenoble, Lyon, Riom; Nancy pour le ressort des cours d'appel de Besançon, Colmar, Dijon, Metz, Nancy; Rennes pour le ressort des cours d'appel d'Angers, Caen, Poitiers et Tribunal de grande instance et le tribunal mixte de commerce de Fort-de-France pour le ressort des cours d'appel de Basse-Terre et de Fort-de-France. Pour un point de vue sur cette nouvelle organisation contentieuse, v., E. CLAUDEL, «Enfin l'avènement de tribunaux spécialisés en droit de la concurrence!», *RTDCom*, 2006-2, p.332; L. IDOT, «Nouvel épisode de l'adaptation du droit français au règlement 1/2003: convergence confirmée, mais surtout centralisation surprenante!», *Europe*, févr.2006, p.2; V. MICHEL-AMSELLEM, «Spécialisation des juridictions en matière de concurrence: un décret du 30 décembre 2005 limite et spécialise les tribunaux judiciaires et commerciaux pour connaître des affaires de concurrence», *Concurrences*, n°1/2006, p.185.

<sup>86</sup> En plus de connaître des recours administratifs exercés à l'encontre des décisions de l'Autorité de la concurrence, la Cour d'appel de Paris se voit attribuer l'ensemble des recours en dommages et intérêts devant les juridictions nationales. Nombre d'auteurs ont déjà discuté de la nature des recours portés devant cette juridiction, v., P. DELVOLLE, «La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative», in *Mélanges en l'honneur de J-M Auby*, Dalloz, 1992, p.47-70; J-J. ISRAËL, «Contentieux administratif et contentieux de la concurrence», in *Mélanges en l'honneur de R. Chapus, Montchrestrien*, 1992, p.315-332; D. TRUCHET, «Le mythe de l'unification du contentieux de la concurrence», in *Mélanges en l'honneur de B. Jeanneau*, Dalloz 2002, p.539-553.

<sup>87</sup> Avis du 21 sept.2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles, pts.43-47. Les programmes de formation des juges européens aux règles de concurrence vont dans le même sens. Tel est le cas du programme de la «Haye»: (Communication de la Commission européenne au Parlement européen et au Conseil sur la formation judiciaire dans l'Union européenne, du 29 juin. 2006, (COM) 2006, 365 final, p. 1-10. Pour un débat sur ce thème, v., le n° spécial de la *Gazette du Palais, Pour une justice efficiente en Europe*, *Gaz. Pal.*, 20 et 21 août 2008, p. 3-63. Dans la même veine, des conventions sont signées, qui instituent des «réseaux» de juges chargés de mettre en application le droit de la concurrence. Le ministère de la Justice a par exemple signé le 30 mars. 2006, une convention de formation avec le Réseau européen de formation judiciaire (REFJ) association à but non lucratif dont l'objectif est de renforcer la formation des magistrats nationaux en droit européen: BOMJ, n°102, NOR: JUSB0610267C, p.1-4.

<sup>88</sup> Développements Section 2, infra.

On a montré dans cette première section les différentes stratégies sur lesquelles la Commission s'est appuyée pour accroître ses pouvoirs par le biais du règlement 1/2003. Mobilisant tour à tour le risque de (re)nationalisation, la force contraignante des lignes directrices et communications, la jurisprudence de la Cour, mais jouant aussi sur la technicité supposée du droit de la concurrence ainsi que sur l'acquis antérieur de ses rapports avec les acteurs nationaux, la Commission a réussi à aller bien au-delà de ses attributions précédentes. Par ces divers stratagèmes, elle a pu disposer de prérogatives supplémentaires dans la mise en œuvre de sa politique de la concurrence à l'échelle des États membres<sup>89</sup>.

L'architecture du règlement 1/2003 ne doit pas se comprendre au regard des réformes invoquées pour en justifier la mise en œuvre. Au contraire, le discours de «réforme» et les valeurs qu'il charrie constituent les justifications d'un nouveau redéploiement administratif à l'échelle européenne. Contrairement aux discours officiels, la Commission ne délègue pas dans le but de mieux se concentrer sur «l'essentiel». Sur cette question on a monté que le règlement 12003 a sensiblement accru les pouvoirs de Bruxelles.

Il ne s'agit, à strictement parler, ni d'une décentralisation encore moins d'une fédéralisation. Aucune de ces catégories n'est fidèle au nouveau système qu'instaure le règlement 1/2003<sup>90</sup>. Il reste d'ailleurs bien difficile de se livrer à un tel exercice de systématisation, difficulté dissimulée faute de mieux, par l'usage impropre et polysémique du terme «réseau»<sup>91</sup>. À défaut de consensus politique la Commission, soutenue par la Cour, avance masquée au moyen d'artifices de plus en plus complexes<sup>92</sup>. Mais, si importantes que soient ces nouvelles prérogatives, le système du règlement 1/2003 ne peut fonctionner sans le concours des juges nationaux. Il apparaît sur ce point que les contraintes propres aux différents systèmes des États membres tiennent en échec le projet de vulgarisation du droit européen de la concurrence<sup>93</sup>.

---

<sup>89</sup> M. Van der WOUDE, «The modernization paradox: controlled decentralisation», paper to a seminar on *Europeanisation of National Systems*, International Bar Association, Brussels, 2003.

<sup>90</sup> S. WILKS, «The european competition network: what has changed?», Paper presented at the *European Studies Association Conference*, Montreal, 17-19 may, 2007, 26.p

<sup>91</sup> Par ex, G. CANIVET, «Les réseaux de juges au sein de l'Union européenne. Raisons, nécessités et réalisation», in *Internormativité et réseaux d'autorités: l'ordre communautaire et les nouvelles formes de relations entre les ordres juridiques*, Colloque Toulouse, 24 oct.2003, *LPA*, 5 oct.2004, n°119-200, p.45; G. CANIVET, «L'organisation des juridictions nationales pour l'application du droit communautaire de la concurrence», *RLC*, n°2, 2005, p.116.

<sup>92</sup> S. WILKS, L. Mc GOWAN, «Competition policy in European Union: Creating a federal Agency?», in B. DOERN, S. WILKS, *Comparative competition policy: National institutions in a Global Market*, Oxford Clarendon, 1996, p.225-247; S.WILKS, «The European Competition Network: What has changed?» Paper presented at the *European Studies Association Conference*, Montreal, 17-19 may.2007, *op.cit.*

<sup>93</sup> Ces difficultés ne sont pas propres au contexte français. Pour une approche comparée: C. PECNARD, E. RUIZ, «Les sanctions civiles du droit communautaire de la concurrence par le juge national: les exemples anglais et français», *RDAI*, n°5, 1993, p.637.



## ***Section 2: Les contraintes dans la mise en œuvre du règlement 1/2003: le cas français***

Dans le rapport adressé au Parlement sur l'évaluation du règlement 1/2003, la Commission constatait avec regret, s'agissant des juridictions nationales, que le système: «(...) n'a pas fonctionné d'une manière optimale (...)»<sup>94</sup>. Elle envisageait alors d'une part de renforcer l'usage de la procédure d'*amicus curiae* issue de l'article 15§3 et, d'autre part, de réfléchir à des mécanismes de notifications plus efficaces. La brièveté du rapport sur ce point contraste avec les autres thèmes abordés par ailleurs. Elle dénote de la difficulté qui s'attache en pratique à l'harmonisation de l'interprétation du droit de la concurrence. Comme l'indique A. Riley, le problème n'est pas spécifique à la France: la Suède, la Finlande, le Royaume-Uni ou la Hollande connaissent une situation identique<sup>95</sup>. La présente section tente d'en identifier les causes éventuelles. Aux contraintes procédurales (§1) s'ajoutent celles d'ordre idéologique (§2).

### **Paragraphe 1: Les contraintes procédurales**

Diffuser largement l'interprétation du droit de la concurrence implique d'abord, dans le cadre du contentieux subjectif, que les articles 101 et 102 TFUE soient fréquemment invoqués comme moyens devant les juges (A). Bien plus, cela implique aussi que les juges nationaux se conforment à la lettre aux obligations du règlement 1/2003 (B).

A- Les raisons de la faible invocation des articles 101 et 102 TFUE devant les juges

Aux problèmes de preuve (a), s'ajoutent les conflits de compétence d'un point de vue horizontal (b).

---

<sup>94</sup> Communication au parlement et au Conseil, Rapport sur le fonctionnement du règlement 1/2003», COM (2009) 206 Final, Bruxelles, le 29 avr.2009

<sup>95</sup> A. RILEY, «EC antitrust modernization: the Commission does very nicely, thank you!», *ECLR*, 2003, p.657-672. L'auteur s'appuie sur un rapport très dense examinant la pénétration du droit européen dans les systèmes juridiques nationaux: M. J. BRAAKMAN, *The application of articles 85 et 86 of EC Treaty by national courts in the members state*, Brussels, July.1997, 425.p. Pour un point de vue analogue: G. MARENCO, «The Uneasy enforcement of article 85 EEC as between Community and national levels», *Fordham*, Juris Publishing, B. Hawk (ed), 1994, p.614.

## a- Les problèmes probatoires

Généraliser l'application du droit de la concurrence suppose que les articles 101 et 102 TFUE soient fréquemment invoqués comme moyens devant le juge<sup>96</sup>. C'est de toute évidence, une condition indispensable au projet de diffusion du droit européen envisagé par la Commission. Tel n'est toutefois pas le cas en pratique<sup>97</sup>. Une première raison tient à la difficulté pour le plaignant d'établir l'existence d'une pratique anticoncurrentielle devant le juge<sup>98</sup>. Il faut de plus démontrer l'existence d'une faute, un dommage puis du lien de causalité entre ces deux éléments<sup>99</sup>. Enfin, la quantification du préjudice est tout sauf évidente<sup>100</sup>. La seule quantification du dommage suppose de modéliser une situation qui lui est antérieure; on sait devant quelles difficultés se heurtent parfois de telles modélisations hypothétiques du fonctionnement des marchés<sup>101</sup>. Dans la mesure où la charge de la preuve repose sur l'entreprise qui allègue un préjudice, il faut que cette entreprise en fasse la démonstration.

---

<sup>96</sup> J. RIFFAULT-SILK, «La vision d'un juge français», *op.cit.*, p.135-140; C. LUCAS De LEYSSAC, «La réparation du dommage à l'économie», *RCC*, 1995, p.67; F. POLLAUD DULIAN, «De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires», *RTDCom*, 1997, p.349; J-C. FOURGOUX, «La réparation du préjudice des victimes de pratiques anticoncurrentielles», *JCP E*, 1999, p.2005; N. DORANDIEU, *Le dommage concurrentiel*, PUP, 2000; M. CHAGNY, «Vues plurielles sur le contentieux des dommages concurrentiels», *RLC*, 2005/5, n°390; L. ORITZ BLANCO, *EC Competition Procedure*, Oxford univ Press, 2006, p.40; M. CHAGNY, «La place des dommages et intérêts dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles», *RLC*, 2005, p.186.

<sup>97</sup> Pour une discussion de la responsabilité en matière de pratiques anticoncurrentielles: E. CLAUDEL, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, Thèse, ronéo, Paris X, 1994; C. LUCAS De LEYSSAC, G. PARLEANI, «L'atteinte à la concurrence, cause de la nullité du contrat», in *Etudes offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, LGDJ, 2001, p.601; M. CHAGNY, «La nullité des contrats conclus en violation des règles de concurrence», in C. NOURISSAT, R. WITTERWULGHE (dir.), *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence*, *op.cit.*, p.63.

<sup>98</sup> D. FASQUELLE, «La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles», *RTDCom*, 1998, n°4, p.763-794; D. FASQUELLE, «Des dommages et intérêts en matière concurrentielle», *RCC*, 2000, n°115, p.14-24; M. NUSSENBAUM, «Le rôle de l'expert économique», *RJCom*, nov.2002, p.112-128; M. NUSSENBAUM, «Les difficultés de l'expertise en matière de pratiques anticoncurrentielles», *LPA*, n°14, 20 janv.2005, p.37-45; S. POILLOT PERUZZETO, «Le juge de droit commun, juge de la concurrence: réalité des obstacles et adéquation des pouvoirs», in *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielle: le règlement 1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses?* Bruylant, 2006, p.103-133. V. en ce sens: CA, Paris, 13 avr.2005, *SA Concurrence c/ SA JVC France*, n°03/05939; N. DORANDIEU, *Le dommage anticoncurrentiel*, *op.cit.*; J. RIFFAULT-SILK, «Les actions privées en droit de la concurrence: obstacles de procédure et de fond», *RLC*, janv. n°6, 2006, p.84.

<sup>99</sup> Cass.com 1<sup>er</sup> mars.1982, Bull.civ IV, n°76; Tcom. Paris, 22 oct.1996, *CCC*, 2000, n°115, p.25; CA Paris, 28 juin.2002, n°00-10676, 25<sup>e</sup> ch. A, *SARL Philippe Streiff Motorsport c/ Sté Speedy France SAS*, note, E. Claudel, «Conséquences d'une pratique anticoncurrentielle: ou la difficulté de chiffrer le préjudice réparable», *RTDCom*, p.77. Sur la difficulté d'une telle démonstration v. aussi: M-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, *et.al.*, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008, p.586-606.

<sup>100</sup> C. Le BERRE, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Thèse Paris X, 2006, p.509-521; D. BELOT, «L'évaluation du préjudice économique», *RLC*, 2007, p.1681.

<sup>101</sup> Comme l'illustrent les débats autour de l'évaluation des sanctions infligées par l'Autorité à un certain nombre de sociétés où la Cour d'appel ignore les argumentaires économiques présentés par les parties: CA Paris, 19 juin. 2007, *Sté Philips France, Sté Sony, Sté Panasonic*, BOCCRF, n°6, 2007, p.1005-1010, note E. Claudel,

Ces différentes étapes nécessitent un appareil inquisitoire très poussé dont ne disposent pas, à l'inverse des autorités de la concurrence, les parties. Ces dernières doivent en effet convaincre le juge d'accéder à tel ou tel documents ou preuves potentielles<sup>102</sup>. Et dans l'hypothèse où ce premier écueil serait surmonté, une seconde étape consiste, pour l'entreprise, à convaincre du lien de causalité entre la faute et le dommage dont la démonstration se solde généralement par le recours à un expert<sup>103</sup>. Ici, c'est la technicité grandissante du droit de la concurrence qui se retourne contre sa vulgarisation<sup>104</sup>: s'offrir les services d'experts économiques coûte cher pour un résultat qui est loin d'être certain<sup>105</sup>.

Il ne faut pas oublier non plus devant le juge que ce sont les parties qui font l'instance: elles apportent les preuves de leurs allégations. Toutes les entreprises ne peuvent s'offrir les services d'un expert économique<sup>106</sup>; et l'on peut gager qu'entre les mécanismes classiques de la responsabilité et le droit de l'Union, la première possibilité fait l'économie de frais de procédure très élevés<sup>107</sup>. La jurisprudence, plus abondante dans le domaine de la concurrence déloyale, de la responsabilité civile ou commerciale, constitue aussi une source de prévisibilité plus fiable pour les parties en cas de contentieux. Il n'en reste pas moins que des

---

*Concurrences*, n°3, 2007, p.83-84; G. CANIVET, L. VOGEL, «Le dommage à l'économie, critère d'évaluation de l'amende en droit français de la concurrence», *RJDA*, n°8-9, 1993, p.599-603; M. NUSSENBAUM, «Les difficultés de l'expertise en matière de pratiques anticoncurrentielles», *LPA*, n°14, 20 janv.2005, *op.cit.*

<sup>102</sup> D. FASQUELLE, «Des dommages et intérêts en matière concurrentielle», *op.cit.*

<sup>103</sup> Ou, à défaut, en sollicitant les services de l'autorité de la concurrence: par ex, T.Com Nanterre, ord, 28 avr et 30 juin.2005, *BP France/Shell Butagaz*.

<sup>104</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, «L'hyper-technicité et la proximité du droit», *CCC*, févr.2006, Repères 2, p.1. Lignes directrices concernant l'application de l'article 81§3 du traité, JOUE, n°C 101, 27 avr.2004, p.97; L. IDOT, «La qualification de la restriction à la concurrence: à propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3», in *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, 2006, p.85; R. WITTERWULGHE, «Réflexions à propos de la décentralisation du droit communautaire de la concurrence», *op.cit.*, spéc. p.17-19; C. BRUNET, «Le statut du plaigant après la réforme du droit communautaire de la concurrence. Etude à partir des exemples français et communautaire», in C. NOURISSAT, R. WITTERWULGHE (dir.), *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence: un défi pour les juridictions françaises*, Dalloz, 2004, p.117.

<sup>105</sup> Ainsi, il a été jugé que la production d'un rapport de synthèse de la DGCCRF signé par un fonctionnaire de la DDCCRF à l'appui d'une violation de l'article L 420-1 Ccom, ne constitue pas un moyen de preuve suffisant d'une pratique anticoncurrentielle: CA Versailles, 29 janv.2004, *SAS O'DYLIA c/ SAS YVES SAINT-LAURENT PARFUMS*, n°02/02854.

<sup>106</sup> L'une des rares affaires illustrant de telles affirmations est celle jugée par la Cour d'appel de Paris le 30 sept. 1998, *SA Mors c/ LABINAL*, 1<sup>ère</sup> ch., sect. A, n°374, p.1-19

<sup>107</sup> En effet, rares sont les décisions qui font application de la responsabilité résultant d'un dommage anticoncurrentiel. Pour un arrêt récent: T.corr. Rouen, 11 sept.2008, *Travaux Routiers en Seine-Maritime*, Textes officiels du moniteur, n°5474 du 24 oct.2008, obs. C. Lemaire, *Concurrences*, n°1, 2009, p.192-193; CA Montpellier, 23 sept.2003, 2<sup>e</sup> ch, section A, *Sté Montpellier diffuseur presse*; Cass.com, 4 févr.1970, *GNA*, n°68-13303, bull. n°44; Cass.com, 18 févr.1970, *Sté Leduc c/ EDF*, n°68-11986, bull.n°66, p.63; Cass.com, 27 avr.1971, *Total c/ Fortier*, n°69-12939, bull.IV, n°85, p.79. Pour une discussion de ce thème: S. AMARANI MEKKI, «Inciter les actions en dommages et intérêt en droit de la concurrence: le point de vue d'un processualiste», in *Colloque Actions en dommages et intérêt: le livre blanc, Concurrences*, n°2, 2009, p.11-22; Y. GAUDEMET, «Au-delà du livre blanc sur les actions en dommages et intérêt pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante: spécificités nationales», *Concurrences*, n°2, 2009, p.45-48; H. MATSOPOLOU, «L'exercice de l'action civile devant le juge répressif en matière d'entente», *RLC*, 2008, n°14.

voies procédurales existent pour faciliter l'établissement d'un dommage anticoncurrentiel devant les juridictions civiles ou commerciales<sup>108</sup>. Les possibilités virtuelles ne manquent pas en ce sens. Dans le but de faciliter les réparations issues de pratiques anticoncurrentielles, la Commission vient d'ailleurs de publier un livre blanc sur la question<sup>109</sup>. Mais, comme le note fort justement un commentateur, cette initiative se heurte encore à de nombreux obstacles qui touchent à la réunion des preuves et, plus précisément, à la protection du secret des affaires<sup>110</sup>.

Bien souvent, la voie juridictionnelle pour l'obtention de dommages et intérêts en matière de pratiques anticoncurrentielles n'est pas la plus usitée. Il lui est préféré à la place, la voie transactionnelle<sup>111</sup>. En cas de litige, c'est par le biais du contentieux de la concurrence déloyale que préfèrent passer les parties. Certaines décisions illustrent le fait qu'en matière de pratiques anticoncurrentielles, le juge préfère se fonder sur l'article 1382 du Code civil plutôt que sur un raisonnement faisant appel à des argumentaires économiques sophistiqués<sup>112</sup>.

Le juge administratif procède d'ailleurs d'un raisonnement similaire<sup>113</sup>. Ainsi en est-il d'une décision de l'Autorité de la concurrence condamnant plusieurs sociétés de *BTP* pour entente concurrentielle lors de la soumission à des appels d'offres. La *SNCF*, maître d'ouvrage, avait saisi le juge administratif pour dédommagement du préjudice subi. Le Conseil d'État, au lieu de s'engager sur le terrain de la démonstration d'un dommage anticoncurrentiel, préfère rechercher, lors de la passation du marché public, d'éventuels vices du consentement pouvant justifier d'une action en responsabilité contractuelle<sup>114</sup>. Par conséquent, la difficulté probatoire, l'incertitude, le coût ajouté à la technicité qui s'attache à

---

<sup>108</sup> J-L. LESQUINS, «L'établissement des pratiques anticoncurrentielles lors du procès civil», *LPA*, 20 janv. 2005, p. 17-22.

<sup>109</sup> Livre blanc les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, Bruxelles, 2 avr.2008, COM (2008) 165 final; livre vert du 19 déc.2005 sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, COM (2005) 672 final, p.1-13; Quantifying antitrust damages. Toward non-binding guidance for courts, in [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification\\_study.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf)

<sup>110</sup> J-L. FOURGOUX, «Le livre blanc: volontariste en théorie, limité en pratique?» *Concurrences*, n°2, 2009, p.37-40.

<sup>111</sup> Et pour cause. Il faudrait que les parties convainquent le juge d'user de nombreux moyens procéduraux (communication forcée de pièces à la défense, mandater des expertises afin d'une part de qualifier les faits et, d'autre part, d'évaluer les dommages et intérêts). Pour une analyse de la question, v., L. IDOT, «La plainte en droit de la concurrence. Opposition ou convergence des systèmes français et communautaires?», in *Mélanges en l'honneur de L. Boyer*, PUSST, 1996, p.255; J. SIMON, «Le point de vue des entreprises», in *Colloque Actions en dommages et intérêt: à propos du livre blanc*, *Concurrences*, n°2, 2009, p.23-24.

<sup>112</sup> Cass.com, 1<sup>er</sup> mars.1982, Bull. Civ, IV, n°76, p. 69; Cass.com, 4 févr.1970, *GNA*, n°68-13303, bull. n°44; Cass.com, 18 févr.1970, *Sté Leduc c/ EDF*, n°68-11986, bull.n°66, p.63; Cass.com, 27 avr.1971, *Total c/ Fortier*, n°69-12939, bull.IV, n°85, p.79. Récemment encore, un jugement correctionnel du Tribunal de grande instance de Rouen indemnise, sur le fondement de l'article 2 du Code de procédure pénale, le Conseil général de Seine Maritime, partie civile au litige, du préjudice résultant d'entente commises par des entreprises dans le secteur des travaux routiers: T. corr. Rouen, 11 sept.2008, *op.cit.*

<sup>113</sup> CAA, Paris, 22 avr.2004, *CMP*, 2004, comm. n°8-9, note G. Eckert.

<sup>114</sup> CE, 19 déc.2007, *Sté Campenon Bernard e.a*, req n°268918, 269280 et 269293; J. HAUTECLOQUE, N. CHARBIT, «L'action en indemnité des victimes de pratiques anticoncurrentielles», *D. aff*, n°168, 1999, p.1064.

l'interprétation du droit de la concurrence, dissuadent fortement les plaignants d'y recourir<sup>115</sup>. Préalablement, ces derniers doivent d'abord, au regard du nouveau système de centralisation issu du règlement 1/2003, identifier la juridiction compétente.

#### b- Les conflits de compétence entre juridictions de même niveau

Comme indiqué précédemment, le choix du législateur français dans la décentralisation des articles 101 et 102 TFUE a été celui de la spécialisation. Un tel choix n'est pas sans comporter de risques: quid d'un litige où, suite d'une demande reconventionnelle, la violation du droit de la concurrence est soulevée devant une juridiction non spécialisée? Quelles règles permettent de régler un tel type de conflit? En principe, l'article L.420-7 du code de commerce dispose que la juridiction non spécialisée devant laquelle est soulevée une violation du droit de la concurrence décline sa compétence au profit d'une juridiction spécialisée<sup>116</sup>. Une telle solution repose sur l'adage classique selon lequel les règles spéciales priment les règles générales. Dans la pratique, les choses ne sont pas aussi simples. L'exposé de quelques affaires illustre des situations où les conflits horizontaux de compétence ne sont pas rares. Si les décisions qui vont être étudiées n'émanent pas pour la plupart des juridictions suprêmes, elles mettent en lumière les obstacles qui se dressent contre la diffusion du droit des pratiques anticoncurrentielles devant les juges du fond pourtant considérés comme les acteurs principaux de cette vulgarisation. L'exposé de quelques affaires longues et parfois fort complexes permet de mieux s'imprégner de telles difficultés.

---

<sup>115</sup> A titre illustratif, v. sur la difficulté d'apporter la preuve d'une exemption: Cass.com, 10 mai.2006, *CAZORLA Sarl Montpellier diffusion presse*, n°0320.175; Cass.com, 6 déc.2005, *Sté Usine Merger, Sté Giat industrie et autres*, n°05-10.929; CA Colmar, 1 avr.2008, *SARL JBEG*, n°05/02931; sur la difficulté d'apporter la preuve d'un abus de position dominante: CA, Poitiers, 20 avr.2008, Chbre civ, *SNC Cholet France Enrobes*, n°03/1282. Pour un point de vue similaire: J-S. SAVOURE, «La solitude des entreprises face aux incertitudes du droit des ententes», in A. MOURE (dir.), *Le nouveau droit communautaire de la concurrence. Les droits de la défense face aux pouvoirs de la Commission européenne*, Bruylant, 2004, p.147.

<sup>116</sup> On rappelle cet article est complété dans son versant réglementaire par l'article R.420-3 et plus précisément par l'annexe 4-2. Il est rédigé comme suit: «*Sans préjudice des articles L 420-6, L. 462-8, L 463-1 à L 463-4, L 463-6, L 463-7 et L 464-1 à L 420-1 à L 464-8, les litiges relatifs à l'application des règles contenues dans les articles L 420-1 à L 420-5 ainsi que dans les articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne et ceux dans lesquels ces dispositions sont invoquées sont attribués, selon les cas et sous réserve des règles de partage de compétences entre les ordres de juridiction, aux tribunaux de grande instance et aux tribunaux de commerce dont le siège et le ressort sont fixés par décret en Conseil d'Etat. Ce décret détermine également le siège et le ressort de la ou les cours d'appel appelées à connaître des décisions rendues par ces juridictions*». Pour une application récente de cette disposition: T.Com Albi, Ord. 28 oct.2009, *SIAC SA c/ Renault SA*, n°2009-004773.

Voici l'exemple d'une entreprise requérante, *CONCURRENCE* qui assigne devant le Tribunal de commerce de Nanterre, son fournisseur *SONY*<sup>117</sup>. *CONCURRENCE* n'en est pas à son premier litige puisque, par six fois déjà, elle a saisi l'Autorité de la concurrence entre 1999 et 2005, de plaintes à l'encontre de *SONY* pour violation des articles L.420-2 et L.464-1 du Code de commerce<sup>118</sup>. L'une des décisions avait fait l'objet d'un appel puis d'un pourvoi en cassation. Respectivement, l'ensemble des griefs de *CONCURRENCE* a été rejeté par les juges. Par suite, *SONY*, grossiste de *CONCURRENCE*, a rompu les relations commerciales qu'il entretenait avec cette dernière. En réponse, *CONCURRENCE* assigna *SONY* devant le Tribunal de commerce de Nanterre. Les moyens soulevés alléguaient de la violation des articles L.420-2 et L.442-6 du Code de commerce.

Aux différents griefs adressés sur le fond par *CONCURRENCE*, *SONY* oppose l'exception d'incompétence du tribunal de Nanterre à connaître du litige d'espèce au regard des dispositions du décret du 30 décembre 2005 codifiées à l'article L 420-7. Rappelons, pour clarifier le propos, que cette disposition qui énumère les juridictions habilitées à connaître de l'interprétation du droit des pratiques anticoncurrentielles ne mentionne pas le Tribunal de commerce de Nanterre. Dans l'intermède qui précéda la clôture des débats, *CONCURRENCE*, par des conclusions récapitulatives, réitéra sur le fond ses précédentes demandes en prenant soin toutefois de substituer les moyens invoqués au départ: la violation de l'article L.420-2 du Code de commerce est substituée aux articles L.442-5 et L.442-6 du Code de commerce.

Par un raisonnement audacieux, le Tribunal de commerce se déclare néanmoins compétent pour interpréter l'article L.420-2. Tout en rappelant les dispositions de l'article L.420-7, le Tribunal estime que: «(...) *l'examen des conditions de rupture par Sony de ses relations commerciales avec CONCURRENCE comme celui des conditions de livraisons postérieures à la fin du préavis, n'affectent qu'une relation bilatérale entre deux entreprises et relèvent de sa compétence, les demandes complémentaires, dont certaines seraient éventuellement susceptibles de relever des articles L.420-1 et suivant du Code de commerce présentant un caractère accessoire au regard du litige principal dont le Tribunal est saisi*

---

<sup>117</sup> Tcom. Nanterre, 22 juin. 2007, 5<sup>e</sup> chbre, SA *Sony c/ Concurrence*, RG n° 2006 F04453, p.1-17.

<sup>118</sup> Déc. 01-D-49 du 31 août.2001 *relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Concurrence concernant Sony*. Cette décision a fait l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Paris: CA, 1<sup>er</sup> chbre. Sect. H., 9 avr.2002, BOCCRF, n°10 du 24 janv. 2002, puis d'un pourvoi en cassation: Cass.com, 3 mars. 2004, n°02-14529, Bull.2004, IV, n°44, p.43. L'arrêt fut cassé partiellement et renvoyé devant la même chambre de la Cour d'appel de Paris statuant cette fois-ci en formation solennelle: CA Paris, 1<sup>ère</sup> chbre, sect. H, 5 oct. 2004. La juridiction d'appel rejeta les prétentions de la société *CONCURRENCE*; Celle-ci se pourvu alors en cassation: Ccass. 6 déc. 2005, n°G-04-19320. La Haute juridiction se rallie aux juges du fond en rejetant à nouveau les prétentions de la société requérante. Parallèlement la société *CONCURRENCE* a aussi saisi un certain nombre de juridictions, tels que le TGI de Paris en 2005. Elle a par ailleurs, intenté une action pénale et une procédure devant les juridictions arbitrales, toutes rejetées.

*dans le cadre d'une procédure à bref délai, il déboutera Sony de son incompétence et se déclarera compétent.»* Ainsi, c'est en vertu de l'adage selon lequel *l'accessoire suit le principal* que le Tribunal contourne les dispositions de l'article L.420-7 précité. Les juges parviennent en conséquence à justifier leur compétence, quand bien même l'article L.420-2 aurait été soulevé comme moyen par les parties.

À l'évidence, la justification évoquée n'allait pas de soi dans la mesure où elle était *contra legem*: l'article L.420-7 vise autant les litiges relatifs à l'application de pratiques anticoncurrentielles que ceux *«dans lesquels ces dispositions sont invoquées»*<sup>119</sup>. Outre qu'il se déclare compétent, le Tribunal de commerce apprécie au fond la violation de l'article L.420-2. Comment y parvient-il? Simplement en s'appropriant les solutions de l'abondant contentieux antérieur généré par l'entreprise *CONCURRENCE*.

Ainsi les juges en viennent-ils à la conclusion qu'au regard des différentes décisions rendues par l'Autorité de la concurrence, la Cour d'appel de Paris puis la Cour de cassation, la qualification de «dépendance économique» avancée par *CONCURRENCE* n'est pas avérée en l'espèce: *«Attendu que la situation de dépendance économique invoquée par CONCURRENCE n'est pas démontrée, ainsi qu'il a été retenu précédemment, que la Cour de cassation précisait dans son arrêt du 3 mars 2004 que la «part des achats de la société CONCURRENCE en produits SONY ne tenait pas à l'inexistence de produits substituables, mais au choix délibéré de la société CONCURRENCE de privilégier l'une de ses sources potentielles d'approvisionnement», que, selon la pièce n°1 de SONY, ses parts de marché en France actualisées sur la période de septembre 2005 à août 2006 ont diminué dans toutes les gammes de produits, à l'exception des ordinateurs portables, par rapport à leur niveau de 2000/2001 (...) le Tribunal jugera que les conditions d'abus de dépendance économique ou de puissance de vente, ne sont pas démontrées (...)*».

Il va de soi qu'en invoquant les précédents rendus par la Cour de cassation, le Tribunal de commerce minimise ses chances de se faire censurer par la suite. L'important est d'observer par ce jugement, que les dispositions qui mettent en œuvre le règlement 1/2003 posent, entre juridictions, des difficultés supplémentaires. Ainsi, dans l'hypothèse où, par analogie au raisonnement évoqué, les juridictions voudraient étendre leurs compétences aux articles 101 et 102 la Commission serait-elle en mesure de tout contrôler<sup>120</sup>? Et ce, en sachant que la communication sur la coopération avec les juridictions nationales entendait limiter le

---

<sup>119</sup> C. NOURISSAT, comm. sous T.Com. Nanterre, 5<sup>e</sup> ch., 22 juin.2007, RG n°2006F4453, *op.cit.*

<sup>120</sup> La justification fondée sur l'invocation de la pratique décisionnelle est loin d'être isolée: v., par ex, T Com. Paris, 13 mars.2008, *SARL Turbo Europe c/ SA Automobiles Peugeot, SA Automobiles Citroën et SAS Renault*, RG n° 2006008432, note, B. Cheynel, comm. n°10, *RLC*, 2008.

contrôle de la Commission aux arrêts d'appels. On peut émettre de sérieuses réserves sur cette question comme l'illustre encore une autre affaire dans le domaine de la responsabilité anticoncurrentielle<sup>121</sup>.

La société requérante, *ARKOPHARMA*, spécialisée dans la fabrication de compléments alimentaires, s'approvisionne auprès de grossistes dont la société *ROCHE*. Il se trouvait que la société mère de *ROCHE*, *Hoffmann La Roche* avait été condamnée par la Commission en 2001, pour violation de l'article 101 TFUE. Forte de cette décision, *ARKHOPHARMA* intente devant le Tribunal de commerce de Nanterre une action en responsabilité civile délictuelle. Implicitement, l'action revenait à ce que le juge se prononce sur l'établissement de dommages anticoncurrentiels. En d'autres termes, cela revenait à reconnaître au préalable, l'existence d'une pratique anticoncurrentielle. À nouveau se dresse un problème de compétence au regard de l'article L 420-7: le tribunal de Nanterre est-il habilité à connaître du litige. Sans aborder la question, les juges déclarent leur compétence de façon prétorienne. Un raisonnement tout aussi péremptoire se retrouve dans une affaire *BIORGA c/ C&RF*<sup>122</sup>.

Ces deux sociétés ont conclu un contrat de distribution exclusive au profit de *C&RF*. Le contrat a été rompu en novembre 2004. Entre autres moyens, la société *C&RF* allègue l'illégalité de certaines clauses insérées dans le contrat de distribution au regard des articles 101 et 102 TFUE. Sans examiner plus avant ces moyens, le Tribunal répond qu'au regard des stipulations contractuelles, la nullité supposée du contrat à l'aune du droit de la concurrence n'entache pas le reste de sa validité. La juridiction en conclut par un argument d'autorité: «(...) que les clauses concernées n'ont pas de lien direct avec le présent litige. Le tribunal en l'absence de toute demande de l'une ou l'autre des parties relative à ce point, l'ignorera.»<sup>123</sup> On mesure une nouvelle fois les difficultés engendrées par le règlement 1/2003 en matière d'effectivité du droit de la concurrence au sein des États membres. Peu nombreuses, les affaires mentionnées n'en sont pas moins représentatives d'une propension à la multiplication de conflits de compétence sur des litiges connexes au droit des pratiques anticoncurrentielles. Nombre de requérants n'ont pas tardé à prendre la mesure de ces difficultés susceptibles d'ouvrir la voie à des comportements opportunistes. Le problème de compétence se conjugue alors avec le contournement des obligations du règlement 1/2003.

---

<sup>121</sup> T. Com Nanterre, 11 mai.2006, *ARKHOPHARMA c/ ROCHE*, RG n°2004F02643

<sup>122</sup> T. Com Nanterre, 1<sup>er</sup> juin.2007, *BIORGA c/ C & RF*, RG n° 2005F00945

<sup>123</sup> T.Com Nanterre, *op.cit*, p.9



## B- Conflits de compétence et contournement du règlement 1/2003

Au nombre des stratégies de contournement figurent celles qui portent sur les obligations générales du règlement 1/2003 (a) et celles, plus spécifiques, de résistance à l'intervention d'office de la Commission devant les juges nationaux (b).

### a) Le contournement des obligations générales du règlement 1/2003

Pour l'heure, les premières applications des articles 101 et 102 TFUE ne vont pas dans le sens de la coopération souhaitée par la Commission. Dans une affaire pour le moins complexe, la Cour d'appel et le Tribunal de commerce de Versailles ont adopté une position sensiblement différente de celle du Tribunal de Nanterre. Outre les difficultés de répartition contentieuses, l'affaire illustre la réticence des juridictions non spécialisées à se conformer à certaines obligations du règlement 1/2003. Les sociétés *IDEXX Laboratories* (ci-après *IDEXX-L*) et *IDEXX* ont attiré devant le Tribunal de commerce de Versailles, la société *MANO Medical* à laquelle elles reprochaient un certain nombre d'actes de contrefaçon, publicité mensongère, tromperie et concurrence déloyale<sup>124</sup>. Les sociétés *IDEXX* fournissaient, dans le domaine de la santé animale, un analyseur de biochimie dénommé «*VETTEST 8000*». Cet appareil était lui-même piloté par un logiciel fourni par les sociétés *IDEXX*. Outre le logiciel, elles fournissaient de façon complémentaire les réactifs nécessaires à l'usage de l'analyseur «*VETTEST 8000*». *MANO Medical* commercialisait de son côté des plaquettes de réactifs conçus pour la médecine humaine dénommées «*QCR DRY TEST*», qu'elle proposait à ses clients d'utiliser dans l'analyseur «*VETTEST*». Le litige est né de ce que les sociétés *IDEXX* reprochaient à *MANO Medical* d'avoir, dans le but de rendre les réactifs qu'elle commercialisait compatibles, contrefait le logiciel du «*VETTEST 8000*» vendu par les sociétés *IDEXX*.

Les requérantes reprochent au surplus à *MANO Medical* la commercialisation de réactifs concurrents des siens, le fait étant constitutif d'un acte de concurrence déloyale. Les requérantes *IDEXX* ont, au préalable, introduit une action en référé dans laquelle elles demandaient au juge d'enjoindre à *MANO Medical* de cesser l'ensemble des pratiques restrictives dénoncées, en l'espèce, la contrefaçon du logiciel fourni par les sociétés *IDEXX* ainsi que la commercialisation de réactifs concurrents constitutifs d'actes de concurrence

---

<sup>124</sup> T. Com. versailles, 3 mars.2006, *IDEXX LABORATOIRES* c/ *MANO Medical*, RG n° 2004F06266

déloyale. Par une ordonnance du 7 janvier 2004 le juge des référés du tribunal de commerce de Versailles fit droit à la requête des sociétés IDEXX sur le grief de la contrefaçon uniquement<sup>125</sup>. Les sociétés IDEXX interjetèrent appel de cette ordonnance devant la Cour d'appel de Versailles, laquelle confirme, par un arrêt du 16 juin 2004, les mesures ordonnées par le juge des référés<sup>126</sup>. Au surplus, la Cour d'appel fait droit du reproche de publicité trompeuse à l'encontre de *MANO Medical*. De façon complémentaire, un recours au fond est introduit pour violation du droit de la concurrence déloyale par les sociétés IDEXX devant le tribunal de commerce de Versailles le 8 décembre 2004.

En parallèle, *MANO Medical* assigne devant le même Tribunal de commerce, les sociétés IDEXX et IDEXX-L pour violation par des articles 101 et 102 TFUE. La demanderesse requiert par ailleurs, en vertu de l'article 15§2 du règlement 1/2003, la transmission du jugement à la Commission européenne. *MANO Medical* demande de surcroît à ce que le Tribunal de Versailles procède à la jonction du contentieux qui l'oppose aux sociétés IDEXX et ce, au motif que l'instance introduite est constitutive d'un «fait nouveau» qui justifie la procédure de jonction demandée. Par deux jugements en date du 25 janvier 2006, cette demande de jonction est rejetée<sup>127</sup>.

Le Tribunal de Versailles décide que les deux affaires sont totalement distinctes. Par ailleurs, le jugement au fond de la première instance introduite par les sociétés IDEXX, fait droit aux prétentions des sociétés IDEXX et IDEXX-L. Le jugement est rendu en date du 31 mars 2006. Par une demande reconventionnelle, *MANO Medical* introduit une demande qui vise à faire reconnaître la position dominante des sociétés IDEXX et IDEXX-L. De façon subtile, la formulation du moyen est présentée de telle manière qu'il n'apparaît pas explicitement dans les conclusions formulées par la défenderesse<sup>128</sup>. *MANO Medical* est cependant déboutée de ses prétentions au motif qu'elle n'apporte aucune preuve à ses allégations. Le tribunal estime que le fondement de la demande reconventionnelle n'est pas spécifié. Le 9 mai 2006, les requérantes IDEXX font appel du jugement rendu en première instance.

---

<sup>125</sup> T. Com. Versailles, 7 janv.2004, IDEXX LABORATOIRES et autres c/ MANO Medical, RG n° 2003R00795

<sup>126</sup> CA. Versailles, 16 juin.2004, IDEXX LABORATOIRES et autres c/ MANO Medical, n°04/02872

<sup>127</sup> T.Com. Versailles, 25 janv.2006, IDEXX LABORATOIRES et autres c/ MANO Medical, n°2004F06266 et 2005F05555

<sup>128</sup> Voici de quelle manière la prétention fut formulée: «A supposer la preuve rapportée des droits invoqués sur le logiciel VETTEST, il y aurait lieu de constater que la société IDEXX en a fait une utilisation tout a fait anormale et abusive, puisque la production du logiciel a pour seul objectif d'assurer le verrouillage du marché de la vente des plaquettes, sur laquelle IDEXX ne détient aucun droit exclusif. La société IDEXX, au moins en France, est incontestablement en situation de position dominante sur le marché de la fourniture des appareils de biochimie. Il s'agit d'une pratique considérée, par la Commission de la concurrence, comme abusive».

Le 22 septembre 2006, le même tribunal de Commerce de Versailles rend son jugement sur l'instance introduite par *MANO Medical*<sup>129</sup>. Rappelons que la requérante alléguait la violation des articles 101 et 102 TFUE. Autrement dit, de l'abus de position dominante des entreprises *IDEXX et IDEXX-L* d'une part; et, d'autre part, de l'entente entre ces deux entreprises et une entreprise tierce: *ORTHO CLINICAL DIAGNOSTICS*. À vrai dire – et tel semblait d'ailleurs être l'intention de la demanderesse –, le litige se focalise sur des questions de procédure, les sociétés *IDEXX et IDEXX-L* ayant soulevé *in limine litis*, l'exception d'incompétence du tribunal de commerce de Versailles pour connaître de la violation de pratiques anticoncurrentielles. Conformément à l'article L 420-7 le tribunal de Versailles se déclare incompétent au profit du tribunal de commerce de Paris concernant la violation des articles 101 et 102.

En plus de cette affaire, *MANO Medical* introduit une nouvelle demande, cette fois devant la Cour d'appel de Versailles dont il faut rappeler qu'elle devait connaître du contentieux tranché en première instance le 31 mars 2006 au profit des sociétés *IDEXX*. Cette nouvelle action, introduite par *MANO Medical*, vise à faire reconnaître l'incompétence de la Cour d'appel de Versailles au regard de l'article L.420-7 du Code de commerce<sup>130</sup>. Une ordonnance du 6 février 2007 est prise en ce sens par le conseiller de la mise en état<sup>131</sup>. Devant le juge, *MANO Medical* oppose que les dispositions de l'article L.420-7 du Code de commerce impliquent que la Cour d'appel de Versailles décline sa compétence au profit de la Cour d'appel de Paris. La requérante demande une nouvelle fois, conformément à l'article 15§2 du règlement 1/2003, que soit transmis à la Commission européenne les arrêts rendus par la Cour d'appel. *MANO Medical* demande enfin à la Cour d'appel de surseoir à statuer dans le but d'interroger la Cour de cassation sur une demande d'avis ainsi formulée: «*au regard des articles 2, 4 et 22 du décret n°2005-1756 du 30 décembre 2005, un tribunal de commerce compétemment saisi avant l'entrée en vigueur dudit décret reste-t-il compétent pour connaître du litige dont il a été saisi pour ce qui concerne l'application du droit de la concurrence notamment des articles 81 CE et 82 CE? Une fois rendu son jugement, quelle est la cour d'appel qui est compétente pour connaître (...) des appels interjetés contre ledit jugement?*».

Le juge de la mise en état déboute *MANO Medical* de l'ensemble de ses prétentions. La motivation des rejets tient en ceci que les exceptions de procédure doivent être soulevées

---

<sup>129</sup> T.Com. Versailles, 22 sept.2006, *IDEXX LABORATOIRES c/ MANO Medical*, n° 2005F05555

<sup>130</sup> CA Versailles, 24 mai.2007, *IDEXX LABORATOIRES c/ MANO Medical*, n°07/01287

<sup>131</sup> CA Versailles, 6 févr. 2007, *IDEXX LABORATOIRES c/ MANO Medical*, n°06/03390

avant tout examen sur le fond; or il apparaît que *MANO Medical* ne s'est pas pliée, en première instance, au respect de ce principe<sup>132</sup>. À la suite à ce rejet, *MANO Medical* fait appel de la décision.

La Cour rend son arrêt le 24 mai 2007. Elle infirme tout d'abord l'ordonnance du conseiller de la mise en état quant au caractère tardif de l'exception d'incompétence soulevée par *MANO Medical*. La Cour indique au contraire, qu'il était impossible pour *MANO Medical* de soulever l'incompétence du tribunal de commerce de Versailles dans la mesure où, les dispositions du décret du 30 décembre 2005 codifiées à l'article L 420-7, ne sont entrées en vigueur qu'après la saisine du tribunal en décembre 2004.

La Cour d'appel se prononce ensuite sur l'exception d'incompétence qui résulte de l'article L.420-7. Les juges rendent de cette disposition l'interprétation suivante: l'exception d'incompétence de l'article L.420-7 n'est recevable que lorsqu'elle est invoquée à l'appui d'une demande principale ou reconventionnelle. Or la demande de *MANO Medical* a été formulée non comme une demande principale ou reconventionnelle, mais comme un moyen en défense. En toute logique, la requête de *MANO Medical* ne peut faire l'objet d'un déclinatoire de compétence au profit de la Cour d'appel de Paris. La Cour d'appel de Versailles déboute alors *MANO Medical* de la recevabilité de sa demande<sup>133</sup>.

Au terme de ce résumé, on mesure la réticence des interprètes nationaux à conformer aux obligations du règlement 1/2003. D'abord quant à leur compétence; ensuite quant aux obligations de transmission et de notification des décisions à la Commission. On mesure aussi combien la spécialisation peut être à l'origine de nouvelles difficultés dans la mesure où la violation du droit de la concurrence est susceptible d'être opposée comme moyen dilatoire dans des contentieux connexes. Dans le contentieux opposant les sociétés *IDEXX et IDEXX-L* à *MANO Medical*, la Cour d'appel de Versailles n'a pas notifié le prononcé de ses arrêts à la Commission, contrairement aux obligations du règlement 1/2003. Cependant, l'affaire est bien répertoriée sur la base de données chargée de recenser l'ensemble des décisions rendues par les juridictions nationales<sup>134</sup>. C'est néanmoins le sceau des représentants des parties qui

---

<sup>132</sup> L'ordonnance indique:«(...) *Qu'il y a donc lieu de déclarer irrecevable l'exception d'incompétence soulevée par la société MANO Medical pour la première fois en cause d'appel, les premiers juges n'ayant été saisis que d'une défense au fond (...)* Considérant dès lors, que la demande formée par la société *MANO Medical* au titre de l'article 15.2 du règlement 1/2003 et tendant à la transmission «du ou des arrêts à intervenir est dépourvue de toute pertinence».

<sup>133</sup> De son côté, le litige transféré au Tribunal de commerce de Paris portant sur la violation des articles 101 et 102 par les sociétés *IDEXX, IDEXX-L et ORTHO CLINICAL* a fait l'objet d'une décision en date du 29 mai 2007. Le Tribunal n'a pas fait droit aux demandes des requérantes: T.Com. Paris, 29 mai.2007, *IDEXX LABORATOIRES c/ MANO Medical*, n° 2006072651

<sup>134</sup> V. <http://ec.europa.eu/competition/ejojade/antitrust/nationalcourts> (consulté le 23 mars.2009)

figure et non pas celui du greffe<sup>135</sup>. Ce qui veut dire que ce sont les parties qui ont pris l'initiative de notifier l'affaire aux services de la Commission.

D'autres espèces accréditent l'hypothèse d'une résistance des juges nationaux quant aux mécanismes institués par le règlement 1/2003. S'agissant de la conformité aux décisions de la Commission au regard de l'article 16 du règlement 1/2003, on dénombre au moins un arrêt dans lequel la Cour d'appel de Paris, juridiction par excellence du contentieux concurrentiel, s'est prononcée dans un sens différent du règlement<sup>136</sup>. Qu'il soit rappelé à nouveau que cet article fait obligation aux juridictions nationales de surseoir à statuer lorsque la Commission européenne procède de façon parallèle, à une enquête portant sur des faits similaires. En substance, le juge national ne doit pas prendre de décision dans un sens différent de celles prises par la Commission<sup>137</sup>.

Un litige opposant le syndicat des professionnels européens de l'automobile (*ci-après SPEA*) au groupement des concessionnaires automobiles Peugeot (*ci-après GCAP*) avait été porté devant la Cour d'appel de Paris. Il était reproché à l'intimée, en l'espèce le *GCAP*, d'avoir enfreint les articles L.420-1 et 101 TFUE. Saisie, l'Autorité de la concurrence avait rejeté la plainte par une décision du 23 décembre 2003<sup>138</sup>. Un recours en réformation avait été introduit devant la Cour d'appel de Paris à l'initiative du *GCAP*.

Informé d'une communication de grief à l'encontre de la société automobile Peugeot, le *SPEA* demande, conformément à l'article 16 du règlement 1/2003, qu'il soit sursis à statuer dans l'attente de la décision de la Commission européenne. La Cour d'appel ne va pas faire droit aux prétentions de la requérante. Elle admet certes que l'ouverture d'une procédure parallèle matérialisée dans la communication des griefs est un acte dont peuvent se prévaloir les parties et qui affecte la procédure suivie au plan national; pour autant, la Cour estime que la nature du litige dont elle est saisie diffère de l'enquête initiée en parallèle par la Commission: tandis que la requête du *SPEA* vise à incriminer le réseau de concessionnaires français de la société Peugeot, l'instruction de la Commission s'attache à examiner les relations de la société Peugeot avec son réseau de concessionnaires allemands et néerlandais.

À l'argument de la différence d'objets, s'ajoute celui de la différence de périodicités entre les deux litiges. Les faits introduits devant la Cour datent de 1995, tandis que ceux

---

<sup>135</sup> V. <http://ec.europa.eu/competition/elojade/antitrust/nationalcourts> (consulté le 23 mars.2009)

<sup>136</sup> CA Paris, 1<sup>ère</sup> Ch, section H, 21 sept.2004, *SPEA contre GCAP et autres*. De façon liée: CA Paris, 1<sup>ère</sup> Ch, section H, 29 juin.2004, *SPEA c/ Renault SAS et autres*; CA Paris, 5<sup>e</sup> Ch, section A, 16 févr.2005, *SA Bellevue auto et autres contre Société Groupe Volkswagen France et autres*, obs. M. Chagny, *RLC*, 2005/4, p.85-87.

<sup>137</sup> V. développements supra Section 1 §1.

<sup>138</sup> Déc.03-D-67, du 23 déc.2003, *relative aux pratiques mises en œuvre par Peugeot et le Groupement des Concessionnaires Automobiles Peugeot (GCAP) dans le secteur de la distribution automobile*

examinés par la Commission datent des années 1999 et 2000. La juridiction d'appel en déduit que ces deux éléments justifient le refus de surseoir à statuer en vertu de l'article 16 du règlement 1/2003. Cette interprétation de la Cour d'appel de Paris diverge sensiblement de la communication de la Commission sur l'application des articles 101 et 102<sup>139</sup>. La position dissidente de la Cour d'appel a d'ailleurs été confirmée par la Cour de cassation<sup>140</sup>. Une autre affaire illustre, dans le même ordre d'idées, le fait que la Cour de cassation et la Cour d'appel de Paris n'ont pas estimé devoir surseoir à statuer afin de requérir l'avis de la Commission européenne<sup>141</sup>.

Jusqu'à présent, le propos s'est attaché à rendre compte de situations dans lesquelles le règlement 1/2003 engendre à la fois conflits de compétence et difficultés d'interprétation. Les conflits naissent entre juridictions de même niveau sur des contentieux connexes. On a montré à cet égard que la position des juges du fond était loin d'être harmonisée. En dépit de l'article L 420-7, certaines juridictions rechignent à reconnaître leur incompetence pour connaître du droit de la concurrence. De plus, le règlement 1/2003 suscite des difficultés d'interprétation par celles-là même des juridictions qui sont habilitées à appliquer le droit de la concurrence. Une illustration encore plus topique de ces difficultés se retrouve dans l'application de l'article 15§3. Sans revenir sur l'écueil que représente cette disposition pour l'indépendance des interprètes, il s'agit de mettre en lumière la manière dont les juridictions parviennent à la contourner.

b) Stratégies autour de l'intervention d'office de la Commission: l'exemple de la distribution automobile

L'*amicus curiae* institué par l'article 15§3 ne pose pas seulement un problème d'ordre terminologique ou d'antinomies. On peut déceler dans certaines décisions récentes nombre de stratégies mises en œuvre dans le but de contourner la force obligatoire de cette disposition. En effet, un arrêt a déjà fait l'objet d'observations écrites par la Commission conformément à l'article 15§3<sup>142</sup>. En apparence anodine, cette décision *Garage Grémeau* mérite cependant une

---

<sup>139</sup> V. développements supra Section 1 §1.

<sup>140</sup> Cass.com. 12 juil. 2005, *SPEA c/RENAULT SAS et autres*, n°1084 FS-D. Ces divergences ont été aplanies lorsque la Commission a explicitement abandonné la procédure d'enquête initiée en parallèle au motif d'un manque de preuve suffisant: Cass.com, 17 janv.2006, *SPEA Peugeot c/NCA*, n° K. 04-19.092

<sup>141</sup> Cass.com, 28 juin.2005, *Garage Grémeau c/SA TOYOTA France*, n° 04-15.279; CA Dijon, *Garage Grémeau c/ SA TOYOTA France*, n°03/01547. Pour une position similaire: T.Com. Romans, 24, nov.2004, *RLC 2005/5*, note V. Selinsky; T.Com. Paris, 13 mars.2008, *SARL Turbo Europe c/ SA Automobiles Peugeot et SAS Renault*, RG 2006/008432, obs. C. Lemaire, *Concurrences*, n°3, 2008, p.140.

<sup>142</sup> CA Paris, 5<sup>e</sup> ch, section B, 7 juin.2007

attention particulière. Par souci de clarté, on présentera d'abord les faits (1) avant d'entrer dans l'analyse de ce contentieux (2).

## 1- Les faits

La requérante, un établissement de garage, détenait depuis 1982 la concession exclusive de la marque *Mercedes-Benz* dans la ville de Dijon. En juin 2001, le concédant lui notifie son intention de résilier le contrat qui lie les deux entreprises. En vertu du nouveau règlement CE 1400/2002 d'exemption catégorielle, ledit garage (ci-après Garage Grémeau), a demandé le renouvellement de son agrément en qualité de distributeur de véhicule neuf d'une part et, d'autre part, de réparateur agréé des véhicules particuliers de la marque détenue désormais par le groupe *Daimler Chrysler*.

Les deux demandes d'agrément ont été rejetées par le groupe. Le refus d'agréer *Garage Grémeau* comme distributeur de véhicules neufs est motivé par le fait que *Daimler Chrysler* estime avoir atteint son *numerus clausus*. Le refus en qualité de réparateur est motivé quant à lui, par le grief de *Daimler* à *Garage Grémeau* d'avoir immatriculé 18 véhicules neufs au nom de la société *PRESTIGE AUTO*. Autrement dit, *Garage Grémeau* aurait procédé à des ventes hors réseau en violation du contrat de concession qui la lie au groupe *Daimler*. En somme, les refus opposés à *Garage Grémeau* sont de deux types: le premier d'ordre quantitatif, concerne la demande en qualité de distributeur de véhicules neufs (atteinte d'un *numerus clausus*); le second d'ordre qualitatif, oppose un certain nombre de critères fixés depuis juin 2003 s'agissant de la sélection des réparateurs de véhicules agréés.

À vrai dire, ce n'est pas tant les refus en eux-mêmes que leur insuffisante motivation qui faisait l'objet de litige. *Daimler Chrysler* en effet, avait porté depuis juillet 2003, son choix sur un autre concessionnaire que *Garage Grémeau*, *ÉTOILE 21*. *Garage Grémeau*, arguant d'un refus «abusif» du groupe *Daimler Chrysler France* a saisi le tribunal de Commerce de Dijon en septembre 2003. Les prétentions formulées par la requérante sont doubles: dans le but d'obtenir les agréments qui lui ont été refusés, elle demande en premier lieu la condamnation de *Daimler Chrysler* et en second lieu, le paiement des dommages et intérêts nés du refus abusif du groupe concédant.

Le tribunal<sup>143</sup> condamne sous astreinte le refus d'agrément du groupe *Daimler Chrysler* fondé sur des justifications d'ordre qualitatives. *Daimler* doit faire droit à *Garage*

---

<sup>143</sup> T.Com. Dijon, 25 sept. 2003, RG n° 2003004490

*Gremeau* de la demande en qualité de réparateur agréé. Le second moyen, celui de l'illégalité du refus de vente de véhicules neufs au regard de critères quantitatifs, n'est par contre pas qualifié «d'abusif» par le Tribunal. Non satisfait du jugement, *Garage Grémeau* interjette appel devant la Cour de Dijon<sup>144</sup>. L'arrêt confirme en tout point le raisonnement du tribunal.

Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation<sup>145</sup> circonscrit l'examen des moyens présentés au seul grief de pur droit qu'elle estime encore litigieux, à savoir le caractère abusif du refus du groupe *Daimler Chrysler France* d'agréer *Garage Gremeau* en qualité de distributeur de véhicules neufs. En d'autres termes, sur le refus motivé par des critères d'ordre quantitatifs. Différemment des juges du fond, la Cour de cassation juge qu'un refus d'agrément justifié par l'atteinte d'un *numerus clausus* suppose d'apprécier: «*les critères de sélection, leur objectivité, et les conditions de leur mise en œuvre*».

La Cour déduit ces critères de l'interprétation du règlement 1400/2002<sup>146</sup>. Rappelons que ce règlement définit les conditions d'exemptions de l'article 101§3, à certains accords verticaux du secteur automobile<sup>147</sup>. Il précise les conditions dans lesquelles il convient d'entendre le terme de «système de distribution» que celui-ci appelle la formulation de critères «qualitatifs» ou «quantitatifs». L'interprétation de la Haute juridiction implique pour le concédant, l'obligation de se justifier *a minima*. Ce raisonnement censure logiquement l'arrêt d'appel pour défaut de base légale. L'affaire est renvoyée devant la cinquième chambre de la Cour d'appel de Paris pour être à nouveau examinée.

La Cour d'appel nouvellement composée, rend son arrêt dès juin 2007<sup>148</sup>. Y figure, conformément à l'article 15§3 du règlement 1/2003, la présentation d'observations d'office par la Commission européenne. Sur quoi, la Cour d'appel sursoit à statuer. Il est difficile de connaître le contenu exact des observations présentées par la Commission dans la mesure où elles ne sont pas accessibles. On peut toutefois faire l'hypothèse que ces observations contredisent la position de la Cour de cassation, ce qui expliquerait alors le sursis à statuer de la Cour d'appel. Les juges du fond se trouvent ici dans une situation délicate où ils doivent prendre position entre la Commission et la Cour de cassation.

---

<sup>144</sup> CA Dijon, 4 avr.2004, n°03/01547

<sup>145</sup> Cass.com., 28 juin. 2005, *Sté Garage Gremeau*, n° 04-15.279

<sup>146</sup> Règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission du 31 juil.2002, concernant l'application de l'article 81 paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et pratiques concertées dans le secteur automobile, JO, L 203 du 1 août 2002, p. 30-41, art. 1 g).

<sup>147</sup> Règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission du 31 juil.2002, concernant l'application de l'article 81 paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et pratiques concertées dans le secteur automobile, JO, L 203 du 1 août 2002, p. 30-41

<sup>148</sup> CA Paris, *SAS Garage Grémeau c/ Daimler Chrysler France*, 7 juin.2007, 5<sup>e</sup> ch, section B, n°05/17909



Fort heureusement, en parallèle du contentieux qui l’opposait à *Garage Grémeau*, le groupe *Daimler* avait, depuis octobre 2005, introduit une plainte pour faux, usage de faux, tentative d’escroquerie et escroquerie devant le juge d’instruction du tribunal de grande instance de Dijon. Or la Cour d’appel de Paris estime que cette nouvelle plainte est liée à l’appréciation du caractère fautif du refus abusif opposé à *Garage Grémeau* par *Daimler*. *Garage Grémeau* est en effet accusé d’avoir produit durant sa relation contractuelle avec son concédant, de fausses factures destinées à donner une apparence de régularité à des ventes présumées frauduleuses. Ces ventes, effectuées en violation du contrat de concession, ont été réalisées au profit de revendeurs étrangers au réseau de distribution exclusive. En vertu du principe général selon lequel le «*criminel tient le civil en l’état*», la Cour d’appel de Paris a donc sursis à statuer jusqu’à ce qu’une décision définitive soit rendue par le TGI de Dijon.

## 2- Analyse du contentieux

Plusieurs remarques affleurent de ce contentieux long et particulièrement complexe. Tout d’abord se pose un problème d’interprétation du règlement 1400/2002: là où la chambre économique et financière de la Cour de cassation estime qu’un refus fondé sur des critères quantitatifs fait appel à des critères de sélections préalables, la Commission défend une position contraire. Le règlement 1400/2002<sup>149</sup> définit en effet le «système de distribution sélective qualitative» comme: «*un système de distribution sélective dans lequel le fournisseur applique, pour sélectionner les distributeurs et les réparateurs, des critères qui limitent directement le nombre de ceux-ci*»<sup>150</sup>. Cette définition peut s’entendre de deux manières: soit, comme le fait la Cour de cassation, de façon large en estimant que la limitation du nombre de concessionnaires doit être précédée de critères de sélections clairs et transparents; soit de façon stricte, en estimant que le concédant est libre d’opposer un *numerus clausus* sans justification préalable. La première interprétation laisse moins de liberté aux concédants dans l’organisation de leurs réseaux; la seconde aboutit à l’exact contraire.

Sans doute est-ce pour rappeler cette seconde interprétation que la Commission est intervenue conformément à ce que lui permettait l’article 15§ 3. Cette position va d’ailleurs

---

<sup>149</sup> L. IDOT, «Le nouveau règlement d’exemption relatif à la distribution automobile», *Europe*, oct.2002, p.3.

<sup>150</sup> Règlement 1400/2002, *op.cit.*, art. 1 g). Quant au système de distribution sélective qualitative le règlement le définit en ces termes: «*un système de distribution sélective dans lequel le fournisseur applique, pour sélectionner les distributeurs ou les réparateurs, des critères purement qualitatifs, requis par la nature des biens ou des services contractuels, établis uniformément pour tous les distributeurs ou réparateurs souhaitant adhérer au système de distribution, et appliqués d’une manière non discriminatoire et ne limitant pas directement le nombre de distributeurs ou de réparateurs*».

dans le sens de la réforme actuelle du règlement 1400/2002<sup>151</sup>. Sous cet angle, la justification d'un refus est jugée à partir d'un standard d'efficacité. Les intentions de la Commission vont en ce sens à l'encontre de la position de la Cour de cassation<sup>152</sup>. Ensuite, et à la différence de la Haute juridiction, l'arrêt de la chambre civile de la Cour d'appel de Paris ne fait pas explicitement référence au règlement 1400/2002. Les juges au contraire optent pour une stratégie différente en s'aidant de l'action intentée au pénal sans doute dans le but inavoué de ne pas prendre position contre l'interprétation de la Cour de cassation.

À supposer, tel qu'il ressort de la plainte de *Daimler France*, que *Garage Gremeau* a produit de fausses factures, il devient possible d'éviter que le litige ne se règle sur le terrain du droit de la concurrence. Dans le cas contraire, alors seulement on pourrait imaginer que le juge applique les règles du droit européen de la concurrence. À cet égard, le choix de surseoir à statuer prononcé par la Cour d'appel n'est pas anodin. La procédure est pour l'instant encore pendante devant les juridictions pénales. Reste que la Cour d'appel n'a pas choisi la voie du droit européen. Ce choix se comprend si l'on tient compte du principe selon lequel «*le criminel tient le civil en l'état*» tiré de l'article 4 du Code de procédure pénale<sup>153</sup>. Or force est aussi de constater contre toute attente ou du moins, toute hiérarchie supposée, que la Cour fait prévaloir ce principe sur l'application des règles de l'Union.

Une affaire du même ordre a opposé la société *TOYOTA FRANCE* à son distributeur, *VALENCE Automobile*<sup>154</sup>. Le concédant justifiait la résiliation du contrat qui le liait avec son concessionnaire sur l'opposition de critères quantitatifs. De son côté, le concessionnaire, *VALENCE Automobile*, invoquait le précédent de la Cour de cassation rendu lors de sa jurisprudence précitée. Face à cet argument, *TOYOTA France* demande devant le Tribunal de commerce de Lyon de poser à titre préjudiciel, une question à la Cour de Justice sur la signification à donner de la disposition litigieuse issue du règlement 1400/2002. Le Tribunal

---

<sup>151</sup> J. VOGEL, «Vers un retour de la distribution automobile au droit commun des restrictions verticales?», *Concurrences*, n°4, 2008, p.64-69; L. IDOT, «Aperçu du nouveau régime des accords verticaux», *Europe*, n°7, 2010, p.6-11.

<sup>152</sup> Règlement (UE), n°330/2010 du 20 avr.2010 concernant l'application de l'article 101 paragraphe 3 TFUE à des catégories d'accords verticaux et des pratiques concertées, JOUE, n°L 102 du 23 avr.2010; lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles, 2010/C/138/05, JO, C 138/16 du 28 mai.2010, § 44. Pour une analyse de cette disposition: L. IDOT, «Aperçu du nouveau régime des accords verticaux», *Europe*, juil.2010, étude n°8.

<sup>153</sup> L'article 4 du Code de Procédure Pénale est désormais libellé comme suit: «*L'action civile en réparation du dommage causé par l'infraction prévue par l'article 2 peut être exercée devant une juridiction civile, séparément de l'action publique.Toutefois, il est sursis au jugement de cette action tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique lorsque celle-ci a été mise en mouvement.La mise en mouvement de l'action publique n'impose pas la suspension du jugement des autres actions exercées devant la juridiction civile, de quelque nature qu'elles soient, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès en civil.*»

<sup>154</sup> T.Com. Lyon, 15 sept.2006, *VALENCE Automobiles SA c/ TOYOTA France SAS*, n° 2006 J812

répond en ces termes: «(...) attendu que la société TOYOTA FRANCE entend faire préciser par la Cour de Justice des Communautés Européennes si le ou les critères quantitatifs permettant aux constructeurs de limiter le nombre de leurs distributeurs doivent être définis de façon précise et objective ou non. Attendu que le Tribunal s'estimera suffisamment éclairé sur la question par l'arrêt de la Cour de Cassation du 28 juin 2005 et dira qu'il n'y a pas lieu à question préjudicielle»<sup>155</sup>.

À noter enfin que la Cour d'appel de Paris, dans un contentieux relatif à l'interprétation du règlement 2790/1999, a saisi par voie préjudicielle la Cour de justice<sup>156</sup>. Cette saisine s'est opérée, alors même que la Commission avait présenté à titre *d'amicus curiae*, des observations écrites devant la Cour. À l'adresse de la Commission, les juges soulignent que: «(...) ni les lignes directrices ni l'avis de cette autorité donné au titre de l'article 15 paragraphe 3 du règlement n°1/2003 ne représentent un caractère contraignant pour les juridictions nationales.» C'est dire combien le juge n'entend pas se plier aux interprétations de la Commission. Si le scénario où la Cour tient le rôle d'arbitre entre les autorités de la concurrence et les juges nationaux venait à se multiplier, il est fort à craindre que l'objectif de cohésion tant espéré du droit de l'Union soit mis à mal. Car désavouer la Commission reviendrait à affaiblir l'autorité de ses décisions, mais aussi la légitimité dont elle dispose en matière d'harmonisation de la politique de concurrence. La tâche de la Cour s'avère en ce sens plus que délicate.

Les quelques espèces évoquées rendent compte des stratégies possibles de contournement des mécanismes du règlement 1/2003. Les développements ont cherché à mettre en lumière la difficulté qu'il y avait d'affirmer que les obligations du règlement 1/2003 suffisent à instituer la coopération souhaitée entre la Commission et les juridictions nationales. On a vu sur cette question que les juges du fond développent nombre de stratégies qui leur permettent de s'affranchir du droit européen. L'analyse du discours de ces différents interprètes permet d'échafauder l'hypothèse qu'en pratique, la coopération entre la Commission et les juridictions nationales reste encore très balbutiante.

Devant l'ordre administratif, le constat n'est guère plus reluisant. On peut *a priori* estimer que le juge administratif n'est concerné que de façon lointaine par les obligations du règlement 1/2003. Après tout, il n'est pas compétent pour connaître de pratiques

---

<sup>155</sup> T.Com Lyon, *op.cit.*

<sup>156</sup> CA Paris, 29 oct.2009, *Pierre Fabre Dermo Cosmétique*, n°2008/23812. Il est question dans cette affaire de savoir si l'interdiction faite à certains distributeurs en matière de vente par internet constituait une restriction de concurrence par l'objet ou si cette restriction pouvait être exemptée au titre du §3 de l'article 101 TFUE; d'autre part la Cour demande si cette restriction, bien que non prévue par le règlement d'exemption 2790/1999, pouvait bénéficier de cette disposition.

anticoncurrentielles. De surcroît, aucune juridiction administrative ne figure sur la liste des juridictions habilitées à connaître du droit des pratiques anticoncurrentielles. Différemment, on peut aussi estimer, dès lors que sont invoqués devant lui les articles 101 et 102 TFUE, que le juge administratif est autant concerné que le juge judiciaire. On mentionnera à titre d'exemple cet arrêt par lequel un requérant interroge la légalité de prestations assurées par les centres de formation professionnelle des avocats, le Conseil de l'ordre et le Conseil national des barreaux. L'exercice de telles prestations nécessite en effet une procédure de publicité et de mise en concurrence au regard des règles européennes. Avant dire droit, le requérant demande à la juridiction administrative de saisir la Cour de justice pour violation des articles 101, 102 ainsi que du règlement 1/2003. Le Conseil d'État ne fait pas droit à la demande. Le moyen n'est pas examiné non plus que la notification de la décision aux services de la Commission<sup>157</sup>. Deux autres requêtes ultérieures font état du même problème<sup>158</sup>.

En définitive, si, dans de nombreux cas, pour ne pas dire la plupart, le droit de l'Union n'est pas invoqué d'office, que le règlement 1/2003 pose en pratique des problèmes sérieux de compétence, il n'est pas excessif d'affirmer que cette disposition est en passe de susciter plus de questions qu'autre chose<sup>159</sup>. De ce point de vue, il n'est pas certain que le règlement 1/2003 opère la révolution administrative tant attendue<sup>160</sup>. Face à la complexité des situations qu'il engendre, plusieurs scénarii sont envisageables.

Le premier, peu probable, conduirait la Commission à employer l'ensemble de ses ressources administratives pour garantir et contrôler l'homogénéité des articles 101 et 102. Dans ce cas, la procédure *d'amicus curiae* serait amenée à s'intensifier<sup>161</sup> de même que le risque de contentieux futurs devant la Cour de justice et en particulier, pour la France, la conciliation de ce mécanisme d'intervention avec le principe constitutionnel d'indépendance des juridictions. Un tel cas de figure aboutirait à vider le règlement 1/2003 de toute efficacité dans la mesure où il retarderait d'autant le traitement des litiges devant les juges nationaux.

---

<sup>157</sup> CE, 19 juin.2006, *M. P. KRIKORIAN*, n° 277263.

<sup>158</sup> CE, 2 oct. 2006, *M. P. KRIKORIAN*, n° 281632 et 282028

<sup>159</sup> Risques qu'évoquait déjà le professeur Idot dans un article consacré à la cohérence de la politique de concurrence: L. IDOT, «A french point of view on the radical decentralisation of the implementation of article 81 (1) and (3)», in C. D. EHLERMANN, I. ATANASIU (ed), RSC/EUI, Hart Publishing, 2001, *European Competition Law annual 2000: The modernisation of EC Antitrust Policy*, p.344-3476. Pour un point de vue plus optimiste: U. IMMENGA, «Coherence: a sacrifice of decentralisation?», in C. D. EHLERMANN, I. ATANASIU (ed), *op.cit*, p.353-360.

<sup>160</sup> C-D. EHLERMANN, «La modernisation de la politique antitrust de la CE: une révolution juridique et culturelle», *RDUE*, n°1/2000, p.13.

<sup>161</sup> Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Rapport sur le fonctionnement du règlement 1/2003 (COM2009) 206 final, pts.34-36.

Plus plausible est le scénario où les mécanismes du règlement 1/2003 exacerbent la méfiance entre les juridictions nationales et la Commission. En voulant garder la main sur le contentieux subjectif, la Commission suscite l'opposition de juges nationaux réticents à jouer le rôle d'agent d'exécution d'une politique de concurrence décidée par Bruxelles. Plus encore, les éventuels conflits de compétence de même que la technicité grandissante du droit de la concurrence sont autant de contraintes qui ne vont pas dans le sens de la vulgarisation tant souhaitée<sup>162</sup>. S'il venait à se produire, un tel scénario rejoindrait notre métaphore introductive: le système du règlement 1/2003 reste à l'image d'un colosse aux pieds d'argile. Car il faut compter avec l'influence déterminante des juges du fond qui, en définitive, ont le pouvoir de tenir en échec le projet de la Commission<sup>163</sup>. Nombreuses sont les décisions qui échappent en effet au contrôle des cours suprêmes.

Les prérogatives supplémentaires de la Commission resteront lettre morte tant qu'elles ne s'appuieront pas sur l'adhésion des juges nationaux; une telle adhésion est avant tout d'ordre idéologique; en contrepartie, la Commission doit tenir compte des traditions et spécificités nationales dans lesquelles évoluent ces mêmes juridictions nationales. On le voit, la tâche est complexe: elle implique, à dire vrai, de franchir une étape supplémentaire dans la construction européenne, celle, osons le dire, du fédéralisme. Mais devant à l'hétérogénéité politique dans laquelle évolue la Commission, il est fort à craindre pour un tel projet. De surcroît, alors que les juges nationaux raisonnent à partir d'un schéma fondé sur la concurrence déloyale, la Commission s'appuie sur la référence à «*l'analyse économique*».

---

<sup>162</sup> L'invocation à des fins dilatoires des articles 101 et 102 TFUE est susceptible de constituer une stratégie contentieuse efficace dans des litiges apparentés à la violation des règles de concurrence. Les manœuvres de la société *MANO Medical* illustrent amplement cette hypothèse. En introduisant un moyen de procédure par lequel elle demandait au Tribunal de commerce de Versailles de joindre au sein d'un même litige la violation de pratiques déloyales à la violation de pratiques anticoncurrentielles, l'intention de la requérante est manifestement de dessaisir totalement la juridiction versaillaise de l'ensemble des actions qu'il lui était donné de connaître. Si, comme ambitionnait de le faire *MANO Medical*, l'ensemble du litige avait été transféré à une juridiction spécialisée, on peut supposer que l'établissement de la responsabilité de cette entreprise aurait sans doute été plus difficile. Cela, pour une raison simple: l'examen simultané de pratiques restrictives et de pratiques concurrentielles aurait sans doute conduit à une solution différente de celle qui pouvait être dégagée sur le seul fondement de la violation de pratiques restrictives. De fait, les chances de condamnation de *MANO Medical* n'en auraient été probablement que plus réduites voire sensiblement diminuées. En cas d'infraction, l'amende infligée aux sociétés *IDEXX et IDEXX-L* aurait certainement pu compenser la condamnation dont elle avait été victime en matière de pratiques restrictives. La même stratégie s'observe dans d'autres arrêts: CA Paris, 8 juin. 2005, n°03/11305; CA Paris, 21 sept.2005, *SOCIVI Sté de Coiffure VICHYSSOISE c/ J-L DAVID France*, n°03/13694; TGI Béthune, 4 avr.2007, *Sté Quaron c/ Sté Roquette Frères*; CA Paris, 1<sup>er</sup> févr.2008, 4<sup>e</sup> ch. *GIFAM c/Google*, n°06/13884; CA Nancy, 22 oct.2008, S.A *SONEDIS*, n°2451/08

<sup>163</sup> Pour une analyse de cette question: C. LEMAIRE, D. BLANC, «Un nouvel essor des relations entre le Conseil de la concurrence et les juridictions en droit de la concurrence», *JCP E*, n°45, 2006, p.1879-1982.

## Paragraphe 2: Résistances idéologiques

Les modes de raisonnement du droit des obligations, du droit commercial ou du droit pénal, influencent grandement l'interprétation des juges nationaux. Il n'y a là rien de pathologique; et l'on peut même considérer cela comme naturel dans la mesure où le droit de la concurrence ne représente qu'une infime portion des affaires d'un juge civil ou commercial. Partant, ces acteurs sont plus coutumiers d'un mode de raisonnement différent du droit de l'Union<sup>164</sup>. Les civilistes n'ignorent certes pas le débat sur l'opportunité d'introduire, au nombre des vices du consentement, la catégorie de «violence économique»<sup>165</sup>. Cette catégorie permet en effet de reconnaître le déséquilibre économique de rapports contractuels. Nul doute aussi qu'elle permet aisément de contourner la contrainte qu'implique l'usage de «l'analyse économique». Ces différences peuvent conduire à des positions idéologiques parfois divergentes comme se proposent de le montrer les développements qui suivent. On se focalisera dans un premier temps sur l'interprétation des juges civils et commerciaux (A), avant d'aborder le juge pénal (B).

### A- L'interprétation du droit de la concurrence devant le juge civil et commercial

La réforme du droit de la concurrence semble avoir minimisé une autre contrainte de taille, celle du pluralisme idéologique en l'occurrence. On a pu voir dans le chapitre précédent, les divergences qui pouvaient naître entre les acteurs de l'Union dans l'interprétation du droit de la concurrence; au niveau national, ces divergences sont encore plus prononcées. Notre argument n'est valide que si l'on excepte les acteurs spécialisés dans l'interprétation du droit des pratiques anticoncurrentielles: Cour d'appel de Paris, Chambre

---

<sup>164</sup> B. MONTELS, «La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence», *RTDCom*, 2002, p.417.

<sup>165</sup> Par ex, CA Paris, 27 sept.1977, *D*, 1978, p.690, note H. Soleau; CA Aix, 19 févr.1988, *RTDCiv*, 1989, obs. J. Mestre; Cass.com, 30 mai. 2000, *D*, 2001, obs. D. Mazeau, *D*, 200, p.879; obs. P-Y. Gautier, *RTDCiv*, 2000, p.863; Cass.com, 15 janv.2002; note P. Stroffel-Nunck, *D*, 2002, p.1974. Pour un aperçu des débats autour de la violence économique: F. PEROCHON, «Responsabilité et dépendance économique: tendances récentes en faveur des distributeurs», *Cah. drt. Ent*, 1989, n°4, p.25; F. DREIFFUS-NETTER, «Droit de la concurrence et droit commun des obligations», *RTDCiv*, 1990, p.369; M. MALAURIE VIGNAL, «Droit de la concurrence et droit des contrats», *D*, 1995, chron, p.51; M. BEHAR-TOUCHAIS, G. VIRASSAMY, *Les contrats de distribution*, LGDJ, 1999; J-P. CHAZAL, «Le déséquilibre de puissance économique entre contractants: les contrats de distribution du prix», note sous Cass.com, 20 janv.1998 et CA Paris, 6 févr.1998, *JCP E*, 1999, p.323; E. CLAUDEL, «Le consentement en droit de la concurrence: consécration ou sacrifice?», *RTDCom*, 1999, p.291; C. NOURISSAT, «La violence économique, vice du consentement: beaucoup de bruit pour rien?», *D*, 2000, p.369; B. MONTELS, «La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence», *op.cit*; R. POESY, «La Cour de cassation et les pratiques anticoncurrentielles», *RJDA*, 2002, p.391.

économique et financière de la Cour de cassation<sup>166</sup>. Les raisons des divergences qui s'expriment dans le champ national sont multiples; on voudrait mettre ici l'accent sur celles qui tiennent à des spécificités de culture juridique<sup>167</sup>. Ces dernières gagneraient à être clarifiées et l'on peut même se demander si elles ne sont pas amenées à perdurer dans la mesure où le consensus en matière de politique de la concurrence manque en droit européen.

L'hypothèse avancée en ce sens est que les acteurs nationaux ont une lecture du droit de la concurrence ancrée dans une idéologie de «loyauté des échanges». À mesure que le droit de l'Union s'est tourné vers «l'analyse économique», il s'est différencié de plus en plus des droits nationaux. À tel point qu'il paraît maintenant encore plus étranger aux réalités quotidiennes des juges. Rappelons que la loyauté des échanges constituait, il y a peu encore, une composante majeure de la jurisprudence de la Cour de Justice<sup>168</sup>. L'économisme grandissant du droit européen de la concurrence se retourne paradoxalement contre sa vulgarisation. C'est ce que démontrent les différentes décisions dont on propose de rendre compte. À travers elles émane une idéologie de la rivalité sur les échanges, différente de celle que connaît la réforme européenne du droit de la concurrence.

Le cas d'un certain nombre de contentieux relatifs aux «contrats de bière» est topique de cette affirmation<sup>169</sup>. De nombreux contrats spécifiques lient sur le marché de la bière divers acteurs économiques. D'abord le brasseur qui fournit au débiteur une quantité de boisson donnée. Ce rapport contractuel fait intervenir un troisième acteur, l'entrepoteur qui est chargé de stocker pour le débiteur la quantité de boissons livrées par le brasseur. Le contrat qui lie le brasseur au débiteur est exclusif: moyennant un certain nombre d'avantages, le débiteur s'engage, pour une période fixe, à s'approvisionner uniquement auprès du brasseur. C'est la rupture d'une relation contractuelle de ce type, appelée de façon générique contrat de bière, qui a conduit les Tribunaux de Strasbourg et de Romans à se prononcer sur

---

<sup>166</sup> Cette césure ne doit toutefois pas être interprétée de façon stricte. On dénombre en effet des cas dans lesquels l'Autorité de la concurrence ou la Cour d'appel de Paris font application du droit de la concurrence déloyale: Déc. n°07-D-33, du 15 oct.2007, *relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom dans le secteur de l'accès à internet haut débit*, note P. Arhel, *RLC* 2008/1, n°965; Déc. n°07-MC-06, *relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Arrow génériques*; Déc. n°09-D-06 du 5 févr.2009, *relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et expédia Inc dans le secteur de voyages en ligne*, CA Paris, 23 févr.2010, *Sté Expédia*, obs. P. Arhel, *LPA*, n°160-161, août.2010, p.9-12.

<sup>167</sup> On entendra ce terme par référence à «L'ensemble des techniques d'exposition et d'interprétation employées par les opérateurs du droit (au niveau tant technique que théorique), et l'ensemble des idéologies correspondant à la fonction du droit que ces techniques expriment», in A-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Story-Scientia, 1988, p.89-91.

<sup>168</sup> Par ex, CJCE, 12 juil.1989, *BMW Belgium c/ Commission*, aff. 32/78, 36/78, 82/78, Rec.1979, p.2435; pour une illustration de cette interprétation en droit national par préférence au droit des pratiques anticoncurrentielles: TGI Nanterre, 6<sup>e</sup> ch, 30 oct.2009, *UFC Que Choisir*, n° RG 06/15333

<sup>169</sup> TGI Strasbourg, 3 févr.2005, *Kronembourg c/ Café le Victor Hugo Sarl*, n° 03/01568; TGI Strasbourg, 4 févr.2005, *Konembourg c/ SARL JEBG*, n° 02/01205

l'application du droit de la concurrence. Les faits étaient intervenus alors que la Commission édictait, en 1999, un nouveau règlement en matière de restrictions verticales censé s'appliquer aux contrats de bière.

Sans entrer à l'excès dans les détails, il faut retenir que les Tribunaux de Strasbourg et de Romans ont interprété pour chaque espèce, la rupture des contrats de bière initiée par les débiteurs au profit des brasseurs. Cela, sans se référer toujours avec expérience au droit de l'Union. Un commentateur critique par exemple la délimitation retenue du marché en cause ou encore l'appréciation du critère d'affectation du commerce entre États membres<sup>170</sup>. En fait, les juges se seraient davantage référés à une interprétation inspirée du droit commun des obligations et de la concurrence déloyale qu'à une analyse concurrentielle<sup>171</sup>. Bien que les jugements ne correspondent pas aux canons classiques du droit européen de la concurrence, ils reposent sur un raisonnement qui s'attache en l'espèce au respect des termes du contrat<sup>172</sup>.

Dans le même ordre d'idées, un contrat de bière qui souscrit en contrepartie d'un cautionnement accordé par le brasseur à son distributeur à hauteur de 20% a été annulé pour défaut de cause. Le distributeur ayant rompu le contrat le liant à son brasseur, ce dernier intenta sa responsabilité aux termes des pénalités contractuelles du cautionnement octroyé. Sans se référer aux dispositions de l'Union en la matière, la Cour de cassation juge la demande du brasseur irrecevable, au motif que l'engagement souscrit par ce dernier serait dépourvu de cause. En effet, l'arrêt ne renvoie pas aux dispositions du règlement 2790/1999<sup>173</sup>.

C'est ainsi que le retrait anticipé sanctionné par le paiement d'une indemnité, de distributeurs réunis en coopérative, n'est pas constitutif d'une entente puisque «(...) *la clause pénale qui prévoit le paiement d'une indemnité en cas de départ anticipé d'une coopérative de distributeurs réunis sous la même enseigne constitue un système de fidélisation des adhérents favorable au jeu de la concurrence et que, comme le soutient le SCAPEST, le maintien du système coopératif, auquel la mise en place des pénalités statutaires de sortie anticipée participe, permet aux adhérents du mouvement Leclerc, qui constituent des*

---

<sup>170</sup> V. SELINSKY, «Quand les juges du commerce appliquent le droit de la concurrence...», *RLC*, 2005/3, p.16-21.

<sup>171</sup> Cass.com, 8 févr.2005, n°03-10.749; T.Com Paris, 3 févr.1997, 11° ch, *Sté Elf France c/ NOWACZYK*, n°95111692; T.Com Paris, 21 janv.1998, *SARL LOTES c/ Sté Pierre BLANCMAN*, n°97001040

<sup>172</sup> TGI Strasbourg, 3 mai.2004, *Kronenbourg c/ SA J-C Chiriaux*, n° 02/00030. La Cour d'appel de Colmar a «rectifié» le problème dans un arrêt: CA Colmar, 1 avr.2008, *SARL JBEG*, n° 05/02931; cependant, la Cour de cassation vient de censurer partiellement l'interprétation de la Cour d'appel de Colmar: Cass.com, 14 nov.2009, *Sté JBEG*, n° 08-16.259

<sup>173</sup> Cass.com, 8 févr.2005, *Sté Brasserie de Saint Omer*, n° 03-10.749



*entreprises de plus petite taille, d'opérer sur le marché de la grande distribution et de faire concurrence à de petites entreprises de taille beaucoup plus importante».*

Aucune référence au marché pertinent ne figure dans la décision rendue non plus qu'aucune qualification relative à «l'effet» ou l'objet de l'entente supposée. La Cour d'appel raisonne par référence aux dispositions statutaires de la coopérative qui lient par l'ensemble des entreprises adhérentes. Les statuts de l'association font figure de «lois» pour les parties; par conséquent, la qualification d'entente n'est pas prouvée dans la mesure où, selon la Cour, les clauses pénales incluses dans le statut de la coopérative ne portent pas atteinte à la concurrence<sup>174</sup>.

Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation affirme également qu'«*attendu, en troisième lieu, qu'après avoir rappelé les dispositions des articles 1, 2 et 7 de la loi du 11 juillet 1972 relative aux sociétés coopératives de commerçants détaillants devenus les articles L. 124-1 et suivants du code de commerce, et notamment que ces sociétés ont pour objet d'améliorer par l'effort commun de leurs associés les conditions dans lesquelles ceux-ci exercent leur activité commerciale, la cour d'appel a pu retenir qu'en tant qu'associé coopérateur de la SCAPEST, la société Pontadis ne pouvait invoquer à l'égard de celle-ci le bénéfice des dispositions de l'article L. 420-2.2 du code de commerce*»<sup>175</sup>. Les juges réitèrent ce même raisonnement dans l'affaire de la «*corbeille de la mariée*». En substance, la Cour de cassation juge, s'agissant d'une fusion anticoncurrentielle, que: «*l'accord allégué ne pouvait pas être qualifié d'accord concertée ou d'entente au sens de l'article 7 que s'il était établi que les parties y avaient librement consenti en vue de limiter l'accès au marché ou à la libre concurrence*»<sup>176</sup>. Dit autrement, le défaut de concours de volonté entraîne l'absence de qualification d'entente<sup>177</sup>.

Dans une autre affaire où était en cause l'illégalité du boycott de produits casher par l'association consistoriale israélite de Paris (*ci-après ACIP*) au regard du droit de la concurrence, la Cour d'appel juge que les pratiques relevées sont en soi anticoncurrentielles. Elle ajoute, de façon péremptoire, qu'il existe en la matière, «*un marché concurrentiel de la*

---

<sup>174</sup> CA Paris, 2 oct.2008, *Sté SCAPEST c/ Sté TOMBLAINE Distribution*, n° 06/15290. Dans le même sens, CA, Lyon, 29 mai.2008, *Carrosserie Europe*, n° 07/04657; CA, Lyon, *Sté CMJP SARL*, 22 mars.2007, n° 05/03333; CA Toulouse, 2 sept.2003, *SARL KRAKADA c/ P. FALIERE*, n°2002/01052

<sup>175</sup> Cass.com, 4 juil.2006, *Sté SCAPEST et autres c/ Sté Pontadis*, n° 03-16.443. Certaines juridictions jugent même inopérant le moyen tiré de la violation de l'article L.420-1 du Code de commerce dans la mesure où l'appelant ne justifierait pas du bien-fondé de ses prétentions: CA Riom, 14 sept.2005, *SAS GREEN c/ SAS FOM'ACTION*, n° 04/02611: «*Attendu qu'en conséquence, l'appelante ne justifiant pas du bien-fondé de ses prétentions, la confirmation du jugement s'impose sans même avoir à répondre au moyen tiré du caractère critiquable de l'accord cadre invoqué par la SAS VH GREEN au regard du principe d'interdiction des pratiques anticoncurrentielles posé par l'article L 420-1 du Code de commerce*».

<sup>176</sup> Cass.com, 7 avr.1998, *Sté Rallye*, BOCCRF, 2 mai.1998

<sup>177</sup> Rappelons que le droit européen conçoit de façon beaucoup large la catégorie «d'accord». Sur cette question: E. CLAUDEL, «Le consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice?», *op.cit.*

*carchérisation des produits alimentaires*»<sup>178</sup>. Un raisonnement similaire se retrouve dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 juin 2002<sup>179</sup>. Etait en cause l'organisation d'une manifestation sportive, en l'occurrence l'événement *Elf Masters* où il avait été conféré à la société *ELF* le titre de «partenaire principal» de la manifestation au détriment du concurrent *SPEEDY*. S'estimant lésée, la société *SPEEDY* alléguait l'abus de position dominante devant la Cour. Après avoir circonscrit le marché à celui des «emplacements publicitaires» de la compétition dite *Elf Masters* du Palais Omnisport de Bercy, la Cour qualifie la pratique de la société *ELF* d'abus de position dominante.

Elle fonde la justification non pas au regard d'un quelconque argumentaire économique, mais en fonction d'une grille de lecture civiliste. Les éléments probatoires retenus sont des plus classiques: contribution d'*ELF* apportée aux organisateurs, fourniture par le groupe d'enrobé bitumeux nécessaire à la compétition, prêt de la marque du groupe à ladite compétition, signature de divers contrats de parrainage, etc. En d'autres termes, ces différents éléments probatoires démontrent l'omniprésence ainsi que l'influence notable qu'exerce le groupe *ELF* dans l'organisation de la compétition litigieuse. Une fois établi ce contexte, la Cour en vient à la qualification d'abus.

Par analogie avec le droit pénal, elle recherche l'intention délictueuse du groupe *ELF*<sup>180</sup>: «(...) *Considérant qu'il est établi par les courriers échangés entre les parties et les projets de contrats proposés à la société SPEEDY pour cette manifestation, que l'économie des nouvelles dispositions contractuelles qui lui étaient proposées ne permettaient plus à l'intimée de figurer comme un partenaire privilégié de l'Elf Masters, comme elle avait été jusqu'alors aux côtés de la société TOTAL FINA ELF France; que c'est par de justes motifs que la Cour adopte, que les premiers juges ont considéré que la société ELF AQUITAINE et la société TOTAL FINA ELF France avaient fait pression sur les sociétés organisatrices de cette manifestation en abusant de la position dominante qu'elles détenaient sur le marché des emplacements publicitaires de la compétition dite Elf Masters (...)*»<sup>181</sup>. La qualification d'abus est démontrée eu égard à la modification du rapport contractuel et non par rapport à une argumentation inspirée d'une grille de lecture économique.

Récemment encore, la Cour d'appel de Paris, juridiction spécialisée dans l'application du droit de la concurrence, a semblé se fonder sur un raisonnement similaire. À la suite de la condamnation par l'Autorité de la concurrence de Gaz et Électricité de Grenoble (*ci-après*

---

<sup>178</sup> CA Paris, 24 nov.2004, *ACIP c/ M. ALLOUN*, n° 03/13452.

<sup>179</sup> CA Paris, 28 juin.2002, *SARL Philippe STREIFF MOTOSPORT et autres*, n° 2000/10676 et 2000/10761

<sup>180</sup> CA Paris, *op.cit.*, p. 8-10.

<sup>181</sup> CA Paris, *op.cit.*

*GEG*) pour dénigrement, la Cour confirme le raisonnement de l'Autorité en rappelant que l'abus doit être établi au regard du lien entre le dénigrement et la domination de l'entreprise. Mais la Cour ajoute par la suite une formulation qui prête à équivoque: «*en matière d'abus de position dominante, les comportements fautifs de l'entreprise au regard des dispositions générales de l'article 1382 du Code civil constituent des abus de position dominante*»<sup>182</sup>. L'affirmation laisse penser que la qualification d'abus reposerait sur l'existence d'une «faute» entraînant un dommage. Le raisonnement reprend ainsi les principes classiques de la concurrence déloyale.

## B- L'interprétation du droit de la concurrence devant le juge pénal<sup>183</sup>

Les divergences d'interprétations sont accentuées par le cloisonnement des compétences juridictionnelles. Le dualisme juridictionnel paraît intuitivement être l'exemple typique de ce genre d'affirmations, mais il n'est pas le seul. Au sein même de l'ordre judiciaire, le juge pénal peut, de façon autonome par le biais de l'article L.420-6 du Code de commerce, réprimer pour toute personne physique la participation à la conception ou la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles<sup>184</sup>. Bien que rarement mise en œuvre<sup>185</sup>, cette habilitation à sanctionner pénalement les pratiques d'entreprises nécessite préalablement, la qualification d'entente ou d'abus de position dominante<sup>186</sup>. Force est de reconnaître que le raisonnement pour y parvenir ne rejoint pas nécessairement celui des juridictions spécialisées. Deux cas de figure sont possibles.

Le premier est celui dans lequel en vertu de l'article L.450-4 du Ccom, les services de la DGCCRF, sous le contrôle d'une ordonnance du juge des libertés, procèdent à des visites ou à la saisie de documents en vue de rechercher des preuves à l'établissement de pratiques

---

<sup>182</sup> CA Paris, 23 mars.2010, *GEG*, obs. P. Arhel, *LPA*, n°160-161, août.2010, p.11.

<sup>183</sup> Pour un aperçu des points de vue sur le droit pénal de la concurrence: J. LARQUIER, P. CONTE, *Droit pénal des affaires*, Paris, Armand Colin, 2004; F. STASIAK, *Droit pénal des affaires*, LGDJ, 2005; M-P. LUCAS De LEYSSAC, A. MIHAM, *Droit pénal des affaires: manuel théorique et pratique*, Paris, Economica, 2009; E. CLAUDEL, «Le printemps de l'article L 420-6 du Code de commerce», *RTDCom*, 2003, p.80; D. De GILES, «Le droit pénal de la concurrence en Europe», *JCP E*, 2003, comm. n°34, p.20; J-C. FOURGOUX, «De la survivance infinitésimale du droit pénal dans l'Antitrust mis en œuvre par le Conseil de la concurrence», *RSC*, 2004, p.651; B. BOULOC, «La sanction judiciaire des pratiques anticoncurrentielles», *LPA*, 2005, p.11; V. SELINSKY, «La répression pénale des pratiques anticoncurrentielles en France», *Rev. Lamy dr.aff*, 2005, n°85; B. BOULOC, «Du droit pénal économique au droit pénal de la concurrence», *RLC*, 2007, p.121-127.

<sup>184</sup> C. LEMAIRE, «Premier bilan de l'application du règlement n°1/2003», *LPA*, 17 déc.2009, n°251, p.38-48; C. LEMAIRE, D. BLANC, «Un nouvel essor des relations entre le Conseil de la concurrence et les juridictions en droit de la concurrence», *JCP E*, n°45, 2006, p.1879-1982.

<sup>185</sup> B. BOULOC, «La sanction judiciaire des pratiques anticoncurrentielles par voie pénale», *LPA*, n°14, 2005, p.11.

<sup>186</sup> Sur les raisons de la faible invocation de l'article L. 420-6: M-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, *et.al*, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, *op.cit*, p.609-610.

anticoncurrentielles. Sans revenir sur toutes les étapes de cette procédure et l'état du droit en la matière<sup>187</sup>, il faut souligner que l'autorisation de procéder à des visites est assortie de l'appréciation préalable du juge sur la suffisance de preuves concernant l'établissement de pratiques anticoncurrentielles. Aux termes d'éléments fournis par l'administration, le juge des libertés peut apprécier l'existence d'une infraction présumée.

Cette présomption est établie sur la base de rapports, documents, factures, auditions, informations divers, etc. Autrement dit, sur toute pièce prouvant le comportement délictueux d'un individu à la participation d'une entente au regard de l'article L.420-6 du Code de commerce. Cette approche très factuelle ancrée dans un mode de raisonnement pénaliste, reste très éloignée d'une grille de lecture économique. Ce dont il est tenu compte pour imputer le caractère délictueux d'une infraction supposée, c'est de l'élément intentionnel. À cet égard, il est laissé une grande marge d'appréciation sur les faits aux juges du fond<sup>188</sup>. Le désistement devant l'Autorité de la concurrence, n'empêche nullement le juge des libertés de caractériser une infraction anticoncurrentielle. Cela, par référence un ensemble d'éléments matériels et intentionnels probants<sup>189</sup>.

Le second cas de figure est celui où, à la suite d'une action du ministère public, les juridictions répressives se prononcent sur l'établissement de pratiques anticoncurrentielles. En ce sens, le ministère public peut solliciter l'avis des services de la DGCCRF dans le but de qualifier un comportement anticoncurrentiel<sup>190</sup>. Tel est le cas de cet arrêt dans lequel les requérantes, parties civiles, se pourvoient en cassation dans le but de se faire indemniser d'un préjudice résultant d'un abus de position dominante et de dépendance économique. La Cour de cassation écarte le moyen.

Elle estime, à l'instar des juges du fond, qu'il est impossible de qualifier les pratiques anticoncurrentielles avancées en raison du fait que la qualification de marché pertinent est inopérante en l'espèce parce qu'un réseau de dépositaires de presse ne constitue pas en soi un marché pertinent. La Cour estime d'une part, que les contrats des dépositaires de presse sont conclus *intuitu personae* et, d'autre part, qu'ils ne sont pas cessibles. Pour prendre la mesure du décalage avec l'Autorité de la concurrence, il faut mettre cette qualification en parallèle avec deux décisions, l'une du 20 janvier, l'autre du 27 janvier 2009 dans lesquelles, l'autorité

---

<sup>187</sup> M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, *et.al*, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008, p.317-319.

<sup>188</sup> Cass.crim., 19 mars. 2008, *Sté SNF SAS*, n°1692; Cass.crim, 6 avr. 2005, n°2200; Cass.crim, 23 févr.2005, n°1300; Cass.crim, 14 nov.2007, *Sté CANAL PLUS, SPORT PLUS et autres*, n°5621

<sup>189</sup> Cass.crim, 20 févr.2008, n°02.82.676 et n°07-82.110, Bull.civ, n°44, note B. Bouloc, *RLC*, 2008, n°17, p.91-92.

<sup>190</sup> Cass.crim, 22 oct.2003, n°5198

administrative soutient l'existence d'un marché pertinent constitué par l'activité de dépositaires de presses<sup>191</sup>. Force est d'admettre en définitive, que l'élément intentionnel de l'infraction occupe une place de premier plan dans le raisonnement du juge pénal<sup>192</sup>.

**Conclusion du chapitre 2.** L'image du colosse aux pieds d'argile résume on ne peut mieux l'idée centrale de ce second chapitre: le système du règlement 1/2003 ne contraint que très faiblement en pratique les juges nationaux. Il illustre la limite de la cohésion de la politique de concurrence à l'échelle européenne. Certes, les énoncés qui y figurent laissent penser que la Commission a gagné, en accroissant ses compétences, une première bataille au sein de l'Union européenne. Dans l'arène nationale cependant, nombre de problèmes demeurent. Précisément parce que la mise en œuvre effective du règlement 1/2003 reste tributaire de la volonté des juges nationaux. La difficulté pour la Commission de s'assurer du moins politiquement sinon juridiquement, de la cohésion de l'application des articles 101 et 102 TFUE est manifeste.

Outre les obstacles procéduraux, Bruxelles doit faire face dans l'interprétation du droit de la concurrence à un décalage terminologique et conceptuel sensible. L'hypothèse explicative d'un tel décalage a été de dire que la technicisation grandissante du droit de l'Union a eu pour effet paradoxal de l'éloigner des droits nationaux. Pendant que la Commission recherchait au niveau européen les arguments nécessaires à une mise en œuvre consensuelle du droit de la concurrence, elle s'éloignait de plus en plus des préoccupations nationales. Les articles 101 et 102 sont rarement invoqués parce que leur signification impose de se référer à un jargon spécifique que seules les autorités de concurrence prétendent pouvoir manier de façon adéquate.

Par ailleurs, les développements ont montré qu'il était possible pour les juges nationaux d'arriver par des voies moins contraignantes au même résultat que celui espéré sur le terrain des pratiques anticoncurrentielles. Sous l'angle de la cohérence, c'est-à-dire de l'absence d'antinomie, on a vu aussi que le mécanisme d'intervention d'office était susceptible de heurter le contenu d'autres normes constitutionnelles. Ainsi, le discours de réforme et de cohésion prôné depuis la fin des années quatre-vingt-dix par la Commission

---

<sup>191</sup> Déc. n°09-D-02, du 23 janv.2009, *relative à une demande de mesures conservatoires présentée par le Syndicat National des Dépositaires de Presse*; Déc. n°09-D-04, du 27 janv.2009, *relative à des saisines de la société les Messageries Lyonnaises de Presse à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupe des Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne dans le secteur de la distribution de la presse*

<sup>192</sup> Cass.crim, 17 juin.2009, n° 08-84.482; Cass.crim, 12 déc.2007, n° 07-81.434

comporte-t-il des limites évidentes au niveau national. Ces limites sont à la fois procédurales et idéologiques.

**Conclusion du titre 1.** Ce titre premier s'est attaché à démontrer le contenu protéiforme de l'idée de concurrence dans le discours des différents acteurs du droit européen. Ce contenu s'est d'abord traduit par la réalisation du marché commun. La concurrence vue sous cet angle a été le moyen de parvenir à l'objectif politique par la protection du marché. Progressivement, cette idée de marché commun a fédéré une coalition hétéroclite d'États membres, d'entreprises, et, bien entendu, la Cour le Tribunal et la Commission qui y voyaient le moyen de consolider leurs compétences. En l'absence de volonté politique, c'est sur un discours technocratique entourant l'interprétation des normes que la Commission s'est appuyée pour orienter la politique de concurrence. Si elle s'est progressivement raffinée, cette figure rhétorique a paradoxalement éloigné les normes européennes des systèmes juridiques nationaux. Le discours de réforme prônée par Bruxelles trouve certes des soutiens dans l'arène européenne; au niveau national il reste étranger aux interprètes malgré le pouvoir de contrainte du règlement 1/2003.

Les acteurs économiques évoluent dans ce contexte protéiforme dans la mesure où les juges nationaux demeurent incontournables dans l'interprétation du droit de la concurrence. Derrière une décentralisation de façade se dissimulent des velléités de déconcentration dont Bruxelles n'a pas les moyens parce qu'elle est obligée de s'appuyer sur de multiples interlocuteurs nationaux<sup>193</sup>. Il y a, par conséquent, un droit européen à plusieurs dimensions. De la même manière, si les droits européen et administratif se sont longtemps ignorés, on assiste, depuis la fin des années quatre-vingt-dix, à une intégration progressive de la terminologie concurrentielle dans la légalité administrative. Cette réception, si elle paraît aujourd'hui largement inscrite dans la jurisprudence, ne serait-elle en définitive qu'une intégration en trompe-l'œil? C'est de ce thème que discuteront les propos qui vont suivre.

---

<sup>193</sup> Pour l'analyse de cette complexité pluridimensionnelle et de son évaluation: J. PORTA, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Fondation Varenne, 2008.

## TITRE 2: La concurrence au service de l'intérêt général

Revenons à l'idée de départ selon laquelle la concurrence, pour être légitime, doit répondre à un «intérêt public»<sup>1</sup>. Les développements précédents ont permis de préciser au moins deux significations possibles de cet «intérêt public»: dans le contexte de l'Union, la concurrence peut s'assimiler à la protection du marché, ou bien encore justifier un certain idéal des échanges par référence au concept d'efficience. On a vu que ces différentes déclinaisons ont été utilisées soit de façon alternative, soit concomitamment par les interprètes européens. Acteur clé de la politique de concurrence, la Commission use largement de cette polysémie. Cependant, les interprètes européens ne sont pas les seuls à en maîtriser les virtualités: le juge administratif français en a pris ces dernières années la mesure, en se posant en réconciliateur de la concurrence et de «l'intérêt général». Le droit européen a, en effet, au plan interne, modifié les frontières et les justifications du dualisme juridictionnel propre au système français<sup>2</sup>. Quoiqu'ils s'en défendent, les interprètes européens ont, sur ce point, joué un rôle fondamental<sup>3</sup>. D'antinomiques, droits administratif et européen sont devenus complémentaires.

Quelles ont été les causes de ce renversement? C'est ce qu'entendent traiter les développements qui vont suivre. L'hypothèse qui sera avancée est que le Conseil d'État s'est réapproprié le monopole du contenu sous-jacent à la justification de la concurrence. Au lieu de se murer dans une position réfractaire aux contraintes idéologiques apportées par le droit européen, l'institution a pris parti pour une approche plus subtile: elle a tout d'abord bataillé pour conserver le monopole d'interprétation du droit de la concurrence appliqué aux personnes publiques; par la suite, cet acquis lui a permis d'interpréter de façon prétorienne, les règles de concurrence opposables aux personnes publiques<sup>4</sup>. De la sorte, l'idée de la concurrence exercée dans «l'intérêt public» a été accaparée par le juge administratif afin de mieux prendre ses distances du droit de l'Union. L'intérêt public a alors été synonyme d'intérêt général; et c'est à travers cette substitution que la concurrence est devenue complémentaire de «l'intérêt général» ou du «service public». En ce sens, l'originalité de la stratégie du Conseil d'État n'a pas seulement résidé dans l'instrumentalisation de la

---

<sup>1</sup> V. Introduction supra.

<sup>2</sup> Comme l'illustre cet arrêt: TPICE, 3 juil.2007, *Au Lys France c/Commission*, aff.T-458/04, Rec.2007, p.II-71

<sup>3</sup> J. CAILLOSSE, «Le droit administratif saisi par la concurrence?», *AJDA*, févr.2000, p.99-103.

<sup>4</sup> M-A. FRISON-ROCHE, «Le Conseil de la concurrence et ses concurrents», *Gaz. Pal.*, 1997, p.282-283.

concurrence comme modèle idéologique; ce fait est commun à l'ensemble des interprètes comme l'ont montré les développements précédents. Le tour de force du Conseil d'État a été, alors que tout semblait s'y opposer, de se faire admettre comme un acteur incontournable de la production des normes opposables aux personnes publiques.

Dans la mesure où le juge administratif s'est arrogé le monopole, de définir l'intérêt général sous-jacent à la rivalité concurrentielle, l'essentiel était sauf. La Haute juridiction était libre par la suite de réintroduire l'exorbitance qui semblait un temps avoir été définitivement enterrée par la réception du droit de la concurrence. Cet affranchissement vis-à-vis du droit européen n'a pas été frontal: par la réception de catégories issues du droit européen, le juge administratif a fait preuve d'une ouverture d'esprit apparente en donnant un certain nombre de gages de loyauté dans l'interprétation du droit de la concurrence<sup>5</sup>. Par ce biais, il peut se prévaloir lui aussi d'une certaine conformité à «*l'analyse économique*». Si cet état des choses correspond pour partie au droit positif, il ne fait pas justice d'une lecture complète de la jurisprudence. Le Conseil d'État entretient une position ambivalente qui doit se lire à un double niveau: l'un, purement national, où la jurisprudence s'attache à sauvegarder l'exorbitance justifiant la pérennité du dualisme juridictionnel; l'autre qui, dans la lignée du droit européen, fait un usage de catégories et grilles de lecture économiques. Bien que largement abordé<sup>6</sup>, ce thème mérite d'être revisité sous l'angle de la construction des catégories juridiques ainsi que des discours sous-jacents à leur légitimation. Un aperçu d'ensemble permet d'aboutir à l'hypothèse selon laquelle l'opposabilité du droit de la concurrence aux personnes publiques ne rejoint pas toujours celle du droit européen. Un premier chapitre revient sur le revirement de la position du Conseil d'État (Chapitre 1). Un second chapitre aborde de manière concrète la façon dont le Conseil d'État construit de façon prétorienne, une jurisprudence sensiblement éloignée de celle du droit européen (Chapitre 2).

---

<sup>5</sup> Sur ce nouveau redéploiement de la juridiction administrative: D. De BECHILLON, P. TERNEYRE, «Le Conseil d'État et la Cour de Justice européenne. Nouvelle donne», *Pouvoirs*, 2007, p.105-115; D. SIMON, «La jurisprudence du Conseil d'État: le grand ralliement à l'Europe des juges?», *Europe* 2007, n°3, p.5.

<sup>6</sup> H. DUMEZ, A. JEUNEMAITRE, *La concurrence en Europe. De nouvelles règles du jeu*, Seuil, 1991, p.19-40; N. CHARBIT, *Secteur public et droit de la concurrence*, Joly, 1999; D. KATZ, *Juge administratif et droit de la concurrence*, PUAM, 2004; J-P. KOVAR, *L'État et les modes d'organisation du marché*, Thèse, Strasbourg, 2005; G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence: essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006; A. ANTOINE, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, LGDJ, 2009.



## Chapitre 1: Le Conseil d'Etat, interprète du droit public de la concurrence

Le droit public de la concurrence bénéficie d'une position particulière dans l'interprétation du droit de la concurrence. Le présent propos revient sur la manière dont le juge administratif a imposé ce particularisme en réussissant à se prévaloir d'une nouvelle légitimité dans un contexte dominé par l'idéologie du marché. On pourrait dès à présent objecter que l'opposition supposée entre droit administratif et marché n'est que relative. À l'orée du socialisme municipal, la jurisprudence, au nom de la liberté du commerce et de l'industrie, faisait encore interdiction aux personnes publiques d'intervenir sur le marché<sup>1</sup>. Cet éclairage comparatif permet de mieux se figurer que l'opposition du droit administratif et du droit de la concurrence a sans doute été largement exacerbée.

Ce qui importe dans le contexte actuel, c'est de comprendre l'équilibrisme qui maintient au plan interne l'exorbitance du droit administratif tout s'alignant en apparence sur la position des interprètes européens. Pour y parvenir, il a fallu que le Conseil d'État surmonte un certain nombre d'obstacles à la fois idéologiques et juridiques: idéologiques dans la mesure où l'opposition du droit administratif vis-à-vis des règles du marché a aussi été entretenue par le juge administratif dans un contexte d'État providence afin d'étendre ses attributions<sup>2</sup>. Le triomphe de l'idéologie du marché a progressivement heurté de front ces positions<sup>3</sup>. Ce nouveau contexte a donné davantage de poids à la contestation de l'existence d'un droit administratif entendu comme droit protecteur de la puissance publique.

À cet obstacle idéologique s'en est ajouté un autre d'ordre juridique. Il a fallu en effet que le Conseil d'État ruse pour conserver l'interprétation du droit public de la concurrence, au risque parfois d'aller à l'encontre de la volonté du législateur. D'abord réticent à intégrer les

---

<sup>1</sup> Comme en témoigne l'arrêt *Casnova*: CE, 29 mars.1901, *Casnova*, Rec.333, *GAJA*, n°8, p.52-57; CE, 4 janv.1935, *De Lara*, Rec.p.1-8, note R. Capitant, concl. Rivet, *D*, 1936, p.1-8; CE, 2 févr.1906, *Chambre Syndicale des propriétaires de bains*, Rec.p.371; CE, 3 déc.1875, *Clairouin*, Rec. CE 1875, p.951; CE, 6.mars.1914, *Synd. Boucherie de la ville de Châteauroux*, Rec. CE 1914, p.308; CE, 1<sup>er</sup> févr.1901, *Descroix et autres boulangers de Poitiers*, Sirey, 1901, p-III.44, in M. HAURIOU, *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits publiées au recueil Sirey de 1892 à 1928*, La Mémoire du Droit, 2000, p.144-168; R. MOULIN, P. BRUNET, *Droit public des interventions économiques*, LGDJ, 2007, p.126-150.

<sup>2</sup> M. BALLUTEAU, F. De BAECQUE, D. LOCHAK, *et.al*, «Débat sur la politisation du Conseil d'Etat», *Pouvoirs*, 1987, n°40, p.95-121; J. CHEVALLIER, «L'élite politico-administrative: une interpénétration discutée», *Pouvoirs*, 1997, n°80, p.89-100; D. LOCHAK, *La justice administrative*, 3<sup>e</sup> éd, Paris, Montchrestien, coll. «Clefs»,1998.

<sup>3</sup> Pour un aperçu succinct de différents points de vue sur lesquels nous reviendrons: L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'Etat, sur la démocratie en France et en Amérique*, PUF, 1985; J. CHEVALLIER, «Les enjeux de la déréglementation», *RD*, 1987, p.281; *Dossier, Droit des télécommunications: entre déréglementation et régulation*, *AJDA*, 20 mars.1997, p.211.

grilles de lectures du droit européen, le Conseil d'État assouplit, depuis la fin des années quatre-vingt-dix, sa position. Non que le droit administratif n'ait déjà par ailleurs intégré d'autres grilles de lectures que les siennes<sup>4</sup>. Mais il faut reconnaître que le droit de la concurrence modifie en profondeur la justification de l'exorbitance qui s'attache à la légitimation du droit administratif.

Dans la mesure où le combat idéologique était d'avance voué à l'échec en raison de la prégnance d'un certain néolibéralisme, il s'est déporté sur le terrain juridique notamment sur celui de la compétence juridictionnelle. La juridiction administrative, au prix parfois de lourdes contorsions, a réussi à conserver le monopole de l'application du droit de la concurrence aux personnes publiques. La première section retrace la manière dont le Conseil d'État s'est posé en interprète incontournable du droit de la concurrence opposable aux personnes publiques. Elle discute, à partir de cet acquis fondamental, la manière dont la juridiction administrative a, de façon prétorienne, tracé un contour nouveau au cadre concurrentiel opposable à l'action des personnes publiques (Section 1). La seconde section s'attache à montrer que le monopole du Conseil d'État en matière de droit public de la concurrence reste, malgré tout, contesté par nombre d'interprètes concurrents. La position du Conseil d'État, loin de stabiliser les conflits de répartition contentieuse sur cette question, l'exacerbe (Section 2).

### ***Section 1: Comment le Conseil d'État est-il devenu un interprète incontournable du droit public de la concurrence***

D'un point de vue idéologique, il a semblé contradictoire que le droit administratif se réfère au droit de la concurrence considéré, il y a peu encore, comme une branche du droit des affaires. Intégrer le droit de la concurrence revenait à saper la justification idéologique du droit administratif, celle d'un régime exorbitant de droit commun<sup>5</sup>. P. Legendre résume en substance le problème: «*Le clivage des deux droits le civil et l'administratif, sépare la famille et l'État. Où est l'État, siège d'un très-haut, pas d'affaires privées ni de propriété et surtout*

---

<sup>4</sup> A. VAN LANG, *Juge judiciaire et droit administratif*, LGDJ, 1998; S. NICINSKI, *L'usager du service public industriel et commercial*, Paris, L'Harmattan, 2001; B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, ed. Panthéon- Assas, 2003.

<sup>5</sup> V. les critiques de C. Eisenmann: «Droit public, droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIX<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle)», *RDJ*, 1952, p.903-979; C. EISENMANN, «Un dogme faux: l'autonomie du droit administratif», in *hommage à Sayagues-Laso*, 1969, p.419-438; G. BIGOT, «L'exorbitance dans la formation historique du droit administratif», in F. MELLERAY, *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, Paris, LGDJ, 2004, p.25-43; G. GUGLIELMI, «Les juristes, le service public et les entreprises publiques aux XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles», *RHMC*, n°52, 2005, p.98-118.

*pas ou peu d'argent (la chose sale, indigne d'approcher le sacro-saint)*». Il convient dans un premier temps d'exposer la manière dont cette justification tirée d'une certaine idée d'exorbitance a pu être dépassée (§1) pour, dans un second temps, rendre compte de la manière dont le Conseil d'État s'est posé en réconciliateur d'une nouvelle exorbitance avec les règles du marché (§2).

## **Paragraphe 1: L'exorbitance, sa remise en cause, sa redéfinition**

L'exorbitance est au cœur du droit administratif. Définie par opposition à la sphère marchande, elle a cherché à s'en singulariser d'un point de vue idéologique (A). Ces rappels constituent un passage obligé afin de mieux comprendre les mutations qui ont progressivement mis à mal cet état des choses. Le Conseil d'État n'a pas tardé à en prendre la mesure en vue de refonder la légitimité de son office (B).

### A- L'idée d'exorbitance et sa remise en cause

L'exorbitance est une fiction à la base du droit administratif<sup>6</sup>. Elle singularise, d'un point de vue juridique, l'action de l'administration<sup>7</sup>. Cette croyance s'exprime par le biais de catégories sur lesquelles repose aujourd'hui la compétence du juge administratif: «service public», «prérogative de puissance publique» et dualisme juridictionnel<sup>8</sup>. On focalisera davantage le propos sur le dualisme dans la mesure où le droit de la concurrence brouille principalement la répartition contentieuse entre les deux ordres de juridiction. Une telle césure entre le droit public et le droit privé n'est certes pas nouvelle: présente déjà dans la *summa divisio* du XVIII<sup>e</sup> siècle, elle sert de ligne de démarcation entre le droit public et de droit

---

<sup>6</sup> Ce propos de M. COMBARNOUS en donne un aperçu significatif: «Aujourd'hui, est service public une activité qui est considérée par la puissance publique comme présentant un intérêt général suffisant pour que cette activité soit assumée, directement ou indirectement, par une collectivité publique et soustraite à l'initiative privée et aux lois du marché», in M. COMBARNOUS, «L'approche juridique, le service public industriel et commercial dans la société française d'aujourd'hui», *Actes du colloque de Rouen, supplément aux dossiers et documents du Monde*, Octobre 1980; G. BIGOT, «Les mythes fondateurs du droit administratif», *RFDA*, 2000, p.527-536.

<sup>7</sup> M. TROPER, «La distinction droit public, droit privé dans la structure de l'ordre juridique», in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, coll. «Léviathan», 1994, p.183-197; Y. GAUDEMET, «L'exorbitance du droit administratif en question(s)», in F. MELLERAY (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, 2004, p.3-8.

<sup>8</sup> D. MARGAIRAZ, «L'invention du «service public»: entre «changement matériel» et «contraintes de nommer», *RHMC*, n°52, 2005, p.5-9.

privé<sup>9</sup>. La sacralisation du pouvoir a grandement contribué à asseoir l'imaginaire selon lequel la dualité de juridiction serait inhérente au droit français<sup>10</sup>. C'est de ce jugement de valeur, abusivement fondé sur la loi des 16-24 août 1790<sup>11</sup>, que dérive l'argument selon lequel la soustraction du contentieux administratif aux juridictions ordinaires serait inhérente à la tradition républicaine de la France. Selon la formule consacrée: «*juger l'administration, c'est encore administrer*». Des auteurs en ont déduit encore que l'existence du juge administratif se justifie par référence à une certaine conception française de la séparation des pouvoirs<sup>12</sup>. Pour séduisants qu'ils paraissent, ces différents arguments n'emportent pas la conviction.

D'abord parce qu'il a été montré, s'agissant de la loi des 16-24 août 1790, que les révolutionnaires n'ont jamais voulu soustraire l'action administrative de tout contrôle juridictionnel<sup>13</sup>. Certes, les pouvoirs des Parlements, ajoutés à la multiplication des juridictions d'exception, renforcent la méfiance entretenue à l'égard de la fonction juridictionnelle<sup>14</sup>. La loi se présente alors comme le meilleur moyen d'éviter un nouveau «gouvernement des juges»<sup>15</sup>. De là à justifier la spécificité du contentieux administratif à partir de ce dernier argument, il n'y a qu'un pas qu'il faut se garder de franchir trop aisément. Le non-cumul des pouvoirs entre les mains d'un organe ne signifie pas qu'il faille entendre les principes de spécialisation et d'indépendance de façon rigide<sup>16</sup>. Si, en vertu du principe de spécialité, chaque pouvoir joue le rôle qui lui est attribué, on ne doit pas en déduire qu'il ne peut exister aucune interférence entre les pouvoirs<sup>17</sup>. Ce dont il était question dans la loi des 16-24 août 1790, c'était de la réaffirmation du principe de non-cumul des pouvoirs. Les révolutionnaires ont voulu par là réaffirmer un principe de séparation des compétences sans que ces compétences soient préalablement définies ou cloisonnées d'avance.

---

<sup>9</sup> F.X. TESTU, «La distinction droit public et droit privée est-elle idéologique?» *D*, 1998, chron.p.345; G. CHEVRIER, «Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du «jus privatum» et du «jus publicum» dans les œuvres des anciens juristes français», *APD*, 1952, p.5-77; F.BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, Thémis, 1995, p.34.

<sup>10</sup> G. BIGOT, «L'exorbitance dans la formation historique du droit administratif», in F. MELLERAY (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question (s)*, *op.cit.*, p.25-43.

<sup>11</sup> J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970, p.32-33.

<sup>12</sup> P-M. GAUDEMET, «La séparation des pouvoirs. Mythe et réalité», *D*, chron, XXIII, 1961, p.121-124; C. EISENMANN, «La théorie des "bases constitutionnelles du droit administratif"», *RDP*, 1972, p.1354.

<sup>13</sup> M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, Paris, 1980, p.43-46; S. VELLEJ, «La constitutionnalisation d'un mythe: justice administrative et séparation des pouvoirs», *RDP*, 1989, p.767-783; J.CHEVALLIER, «Du principe de séparation au principe de dualité», *RFDA* n°5, 1990, p.714

<sup>14</sup> J. CHEVALLIER, *op.cit.*, p.714.

<sup>15</sup> B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruylant/LGDJ, 2005, p.279-286.

<sup>16</sup> P-M. GAUDEMET, *op.cit.*

<sup>17</sup> M. TROPER, «Actualité de la séparation des pouvoirs», in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, coll. «Léviathan», *op.cit.*, p.229-230.

À ce premier argument s'en ajoute un autre: telle que la concevaient les révolutionnaires sur le modèle du syllogisme, l'interprétation de la loi des 16-24 août 1790 ne pouvait laisser supposer une intention de soustraire le contentieux administratif à la fonction juridictionnelle. Si le juge n'est, pour reprendre Montesquieu, que la «bouche de la loi» le risque de déviance n'en est que plus réduit. L'explication de la loi du 16-24 août 1790 doit donc être trouvée ailleurs que dans la volonté de soustraire le contentieux administratif au juge judiciaire. Pour J. Chevallier, le contentieux de l'administration et celui relatif aux particuliers procèderaient de démarches intellectuelles différentes. Comme il a été rappelé en effet, le syllogisme n'est possible qu'à la condition qu'existe un texte de loi, ce qui explique alors que le contentieux des contributions indirectes aurait été attribué au juge judiciaire<sup>18</sup> et qu'à l'inverse, celui des contributions directes, prévues par la loi des 16-24 août 1790, n'était régi par aucun texte<sup>19</sup>. Précisément parce qu'il relevait de considérations étrangères à la simple application du droit sur le modèle du syllogisme: «*l'administration doit disposer d'une latitude d'appréciation, compte tenu des exigences de l'intérêt public*»<sup>20</sup>.

Dans le même ordre d'idées, M. Troper indique: «*Dans les cas semblables, c'est-à-dire dans tous les cas où les administrateurs disposaient d'un pouvoir discrétionnaire, les tribunaux ne pouvaient juger des litiges relatifs à ces actes par le moyen d'un syllogisme, car il n'existait pas de lois auxquelles rapporter les faits litigieux : d'une part, les administrations inférieures n'exécutaient pas seulement les lois, mais également les ordres des autorités supérieures; d'autre part, dans les administrations supérieures, il n'existait pas de lois définissant l'illégalité dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et déterminant les sanctions de telles illégalités*»<sup>21</sup>. L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, eu égard à la nature de certaines matières: voilà, semble-t-il, la raison pour laquelle les révolutionnaires auraient soustrait le contentieux des contributions indirectes au contrôle du juge<sup>22</sup>.

Il apparaît peu opportun dans ces conditions de cautionner la prétendue tradition de la séparation des pouvoirs avancée dans le but de justifier la compétence actuelle du juge administratif. Il importe au reste d'ajouter que la constituante n'écartait pas toute idée de soumission du pouvoir administratif au contrôle de la fonction juridictionnelle; il existait des projets de loi en ce sens<sup>23</sup>. Par ailleurs, contrairement à l'argument qui associe la spécialisation du contentieux administratif à la loi du 16-24 août 1790, l'attribution à la

---

<sup>18</sup> F. BURDEAU, *op.cit.*, p. 50.

<sup>19</sup> M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, *op.cit.*, p.172-174.

<sup>20</sup> F. BURDEAU, *op.cit.*, p.50.

<sup>21</sup> M. TROPER, *op.cit.*, p.174.

<sup>22</sup> M. TROPER, *op.cit.*, p.174.

<sup>23</sup> M. TROPER, *op.cit.*, p.50-52.

fonction exécutive la connaissance de certains litiges administratifs ne serait intervenue que postérieurement à cette loi<sup>24</sup>. Par conséquent, c'est commettre un anachronisme, que de considérer que la loi des 16-24 août 1790 aurait prévu de faire juger l'administration par elle-même<sup>25</sup>. Bien que controversé, cet argument historique continue d'entretenir le mythe de l'exorbitance du droit administratif<sup>26</sup>. Sous les plumes de Macarel, Hauriou ou Duguit, il se conforte et se vulgarise sous la troisième république<sup>27</sup>. D'aucuns lui adjoignent l'argument selon lequel la juridiction administrative aurait été instituée par peur d'une résurgence d'un «gouvernement des juges»<sup>28</sup>.

D'un point de vue doctrinal, c'est à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle que prend forme l'idée selon laquelle le droit administratif s'opposerait par nature au droit commun<sup>29</sup>. C'est à Hauriou puis Duguit que l'on rattache généralement une telle entreprise d'unification et de systématisation du régime de l'action administrative<sup>30</sup>. En réalité, ces deux auteurs systématisent le régime de l'action administrative en y recherchant une cohérence propre. Plus encore, ils ancrent la matière dans une certaine conception de l'«État de droit», alors même que le contentieux administratif a longtemps été purement arbitraire et partant, hors de tout contrôle

<sup>24</sup> C'est, semble-t-il, l'objet de la loi des 7-14 octobre 1790, in M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, op.cit, p.175-176.

<sup>25</sup> La loi du 27 avril- 25 mai 1791 crée un Conseil d'Etat correspondant à la réunion des ministres autour du roi auquel fut délégué un pouvoir d'annulation, in F. BURDEAU, *préc.* p. 43-44. Quelques temps auparavant, la loi des 7-14 octobre 1790 attribuait à la fonction exécutive la connaissance de litiges administratifs, in M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, op.cit.

<sup>26</sup> Pour une illustration de cette position: J-C. GROSHENS, «Réflexions sur la dualité de juridiction», *AJDA*, 1963, p.563-540; A. De LAUBADERE, *Traité élémentaire de droit administratif*, T. I, 4<sup>e</sup> ed., 1967; F-P. BENOIT, «Les fondements de la justice administrative», in *Mélanges en l'honneur de Marcel Waline*, T. II, LGDJ, 1974, p.283-295; R-E. CHARLIER, «La constitution et le juge de l'administration», in *Mélanges Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p.31-46; J. MORAND-DEVILLER, *Cours de droit administratif*, Paris, Montchrestien, 5<sup>e</sup> ed., 1997; G. VEDEL, «Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif», in *Le juge et le droit public. Mélanges en l'honneur de Marcel Waline*, T. II, Paris, LGDJ., 1974, p.777-793; G. VEDEL, «La loi des 16-24 août 1790: Texte? Prétexte? Contexte?», *RFDA*, 1990, p.698-711; G. VEDEL, P. DELVOLVE, *Droit administratif*, T. I, PUF, 1997; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, 15<sup>e</sup> ed., 2001, p.1-3; G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif français*, 6<sup>e</sup> ed., Paris, Presses de sciences Po, Dalloz, 2002.

<sup>27</sup> S. VELLE, «La constitutionnalisation d'un mythe: justice administrative et séparation des pouvoirs», op.cit.

<sup>28</sup> F-P. BENOIT, «Les fondements de la justice administrative», in *Mélanges en l'honneur de Marcel Waline*, T.II, LGDJ, 1974, op.cit. Bien qu'il ait été montré que l'argument d'un «gouvernement des juges» ait souvent brandi après la révolution comme un argument politique sans fondement permettant de soustraire tout contrôle du pouvoir exécutif à la fonction juridictionnelle. En ce sens: J-L. HALPERIN, «1789-1815: un quart de siècle décisif pour les relations entre justice et pouvoir en France», *Justices* n°3, p.13-23.

<sup>29</sup> G. GUGLIELMI, «Vu par ses pères fondateurs, le droit administratif», in *Le droit administratif en mutation*, CURAPP, 1993, p.41-49.

<sup>30</sup> Non qu'avant ces auteurs, il n'existât une singularité juridique particulière reconnue à l'action publique: n'était-il pas déjà question de la distinction «acte de gestion», «acte d'autorité» ou encore du recours à «l'Etat-débiteur»? J. PETOT, «La naissance du pouvoir administratif dans la France moderne», in *Mélanges en l'honneur de R-E Charlier*, ed. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p.257-288; S. CASSESE, «Une des formes de l'Etat nouveau du monde: réflexions sur le droit administratif français», *AJDA*, 1995; F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, op.cit, p.105-122.

juridictionnel<sup>31</sup>. Dans son *Traité de droit constitutionnel*, Duguit fait du service public la pierre angulaire de l'État de droit<sup>32</sup>. Le concept de service public est le liant d'une «interdépendance sociale» produit d'une théorie sociologique dont le but est de justifier une certaine idée de l'État de droit<sup>33</sup>. L'action publique se justifie dans ce cadre de pensée, en ce qu'elle permet de mettre l'administration au service de la société définie comme la somme de comportements socialement interdépendants.

De son côté, Hauriou soutient plutôt que c'est la «puissance publique»<sup>34</sup> qui rend compte de la soumission volontaire de l'État au droit<sup>35</sup>. En tant que telle, elle constitue la manifestation de l'«imperium» du pouvoir politique. Ces deux thèses ont pour intérêt de montrer que l'administration n'est pas soumise à son libre arbitre: elle est soumise au droit. Outre la doctrine universitaire, les membres du Conseil d'État se livrent également à cet exercice intellectuel de transformation de l'image du droit administratif<sup>36</sup>. La juridiction administrative n'hésite pas à se servir de cette caution pour jeter les bases d'une jurisprudence originale qui cherche à s'autonomiser du droit commun<sup>37</sup>. Dès lors, la catégorie de service public ne souffre d'aucune contestation à partir du moment où les cas dans lesquels la compétence suit le fond demeurent majoritaires. Dans cette hypothèse simple, la catégorie «service public» constitue un critère d'identification valable d'un régime dérogatoire au droit commun.

À mesure cependant que l'action administrative sort des hypothèses dans lesquelles la compétence suit le fond, la clause générale de compétence qu'est le service public perd en cohérence<sup>38</sup>. Si l'on recentre le propos sur le droit public économique, il va sans dire que

---

<sup>31</sup> G. BIGOT, *op.cit.*

<sup>32</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. II, De Bocard, 1927, p.59-81; G. GUGLIELMI, G. KOUBI, *Droit du service public*, 2<sup>nd</sup> ed. Paris, Montchrestien, 2007; G. GUGLIELMI, *Histoire du service public*, Paris, PUF, 2004.

<sup>33</sup> Pour une discussion de ces deux théories: C. EISENMANN, «Deux théoriciens du droit: Duguit et Hauriou», *Rev. Philosophique*, 1930, p.231-279; J. RIVERO, «Hauriou et l'avènement de la notion de service public», in *l'Evolution du droit public. Etudes offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p.461-471; A. De LAUBADERE, «Le Doyen Maurice Hauriou et Léon Duguit», in G. MARTY, A. BRIMO, *La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence*, Paris, Pedone, 1969, p.209-228.

<sup>34</sup> Mais il serait plus juste de parler de «personnalité juridique», in G. GUGLIELMI, «Les juristes, le service public et les entreprises publiques aux XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle», *RHMC*, n°52, vol.3, p.103.

<sup>35</sup> J. CHEVALLIER, *l'Etat de droit*, La documentation française, coll. «Problèmes politiques et sociaux», n°898, mars 2004, p.5-13.

<sup>36</sup> F. BURDEAU, «Du sacre au massacre d'un juge. La doctrine et le Conseil d'Etat statuant au contentieux», in *La terre, la famille, le juge. Mélanges en l'honneur de H-D. Cosnard*, Economica, 1990, p. 309-317.

<sup>37</sup> TC. 8 févr.1873, *Blanco*; TC 30 juil.1873, *Pelletier*; CE, 19 févr.1875, *Prince Napoléon*; CE, 13 déc.1889, *Cadot*, *GAJA*, 16<sup>e</sup> ed. 2007; G. BIGOT, «Les mythes fondateurs du droit administratif», *RFDA*, 2000, p.527.

<sup>38</sup> J. CHEVALLIER, «Le droit administratif, droit de privilège?», *Pouvoirs*, 1988, n°46, p.57; C. GOYARD, «La crise de la science administrative», *Rev.adm.*, 1988, p.117; F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, 1995, p.415-485; G. BIGOT, «Les faillites conceptuelles de la notion de service public en droit administratif», *RFDA*, 2008, p.1.

l'intervention des pouvoirs publics prend, dans l'économie d'après-guerre, une part non négligeable. L'exorbitance acquiert dès lors une ampleur plus importante dans ce contexte naissant d'État providence. J. Delmas Marsalet suggère par exemple d'étendre le contrôle du juge administratif aux interventions de l'État prises dans le cadre d'un service public d'intervention économique<sup>39</sup>. Afin de donner plus de souplesse à cet interventionnisme, le Conseil d'État se limite à un contrôle restreint<sup>40</sup>. L'exorbitance suscite bientôt la critique au sein de la doctrine universitaire, primo parce qu'elle n'a plus de principe unificateur<sup>41</sup>; secundo à cause du déclin de l'État providence.

La remise en cause de l'exorbitance ne vient pas en premier lieu du néolibéralisme, du moins, si l'on s'en tient à une lecture chronologique des choses. Elle émane de la doctrine publiciste elle-même et tout d'abord du normativisme. Il est bien connu que Kelsen s'est attaché à dénoncer la connotation idéologique de la distinction droit public/droit privé. Distinguer le droit public du droit privé, c'est admettre, dans le système théorique kelsenien, la thèse de l'autolimitation de l'État que combat le maître de Vienne. Kelsen rejette cette distinction au motif que le «droit» et «l'État» se confondent<sup>42</sup>.

Au sein de la doctrine française, Eisenmann se sert des mêmes arguments dans le but de répondre à ceux qui s'insurgent contre la «publicisation» du droit privé<sup>43</sup>. À ceux-là, Eisenmann répond dans le sillage de Kelsen: la massification des interventions de

---

<sup>39</sup> B. CHENOT, «La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat», *Etudes et documents*, 1950, p.77; J. De SOTO, «Recours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique», *Etudes et documents*, 1951, p.64; J. DELMAS-MARSALET, «Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat», in *Etudes et documents*, 1969, p.133-160; P-L. JOSSE, «Le Conseil d'Etat devant les réalités économiques; ses méthodes de travail et son rôle», in *Etudes et documents*, 1960, p.39-59; P-M. GAUDEMET, «La planification économique et les transformations du droit public français», in *Mélanges en l'honneur de Ganshof Van der Meersch*, T. III, 1972, p.493-508.; J-L. De CORAIL, «La notion d'activité dans le domaine de l'administration économique. Sa définition et son utilisation par le juge administratif», in *Mélanges en l'honneur de P. Couzinet*, 1974, p.117-151.

<sup>40</sup> CE, 22 juin.1949, *Sucreries d'Abscon*, Rec.p.297; CE, 13 janv.1961, *Syndicat des industriels beurriers et grossistes en produits laitiers et avicoles de la région parisienne*, Rec.p.37; CE, 22 mars.1961, *Société Coopérative agricole de Verneuil sur Avre*, Rec.p.206; CE ass.,19 juin.1964, *Société des pétroles Shell-Berre*, *AJDA*, 1964, p.438, note A. De Laubadère; sur les restrictions apportées en matière de liberté du commerce et de l'industrie: CE, 12 déc.1953, *Syndicat national des transporteurs aériens*, Rec. p.547; CE, 10 févr.1967, *Sté des Ets Petitjean et autres*, Rec. p.63; CE, 26 janv.1968, *Sté Maison Genestal*, Rec. p.62, concl. Bertrand.

<sup>41</sup> CE, 4 janv.1935, *De Lara*, *D*, 1936, note R. Capitant, p.1-5; concl. Rivet, p.5-8; TC, 22 janv.1921, *Sté Commerciale de l'Ouest Africain*, *GAJA*, n°37, Rec. p.91, *D*, 1921, p.1 concl. Matter; CE, 23 déc.1921, *Sté Générale d'armement*, Rec.1109; TC, 16 juin.1923, *Septfonds*, *GAJA*, n°40; TC 5 juil.1951, *Avranches et Desmarests*, Rec.638, note J-B. Auby. Pour une discussion de l'Etat providence: F. EWALD, *L'Etat providence*, Grasset, 1986; P. ROSANVALLON, *La crise de l'Etat providence*, Seuil, 1992; F-X. MERRIEN, R. PARCHET, *et.al*, *L'Etat social. Une perspective internationale*, Armand Colin, 2005; G. ESPING-ANDERSEN, *Les trois mondes de l'Etat providence: Essai sur le capitalisme moderne*, PUF, 2007.

<sup>42</sup> M. TROPER, «La distinction droit public, droit privé et la structure de l'ordre juridique», in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, Léviathan, 1994, p.183-197.

<sup>43</sup> R. SAVATIER, «Droit public, droit privé», *D*, chron, 1946, p. 25-28; pour une discussion plus générale de cet argument: *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, T.II, 1946, Paris, Dalloz, 1948.



l'administration ne préjuge en rien de leur régime<sup>44</sup>. Autrement dit, l'extension de la sphère publique ne préjuge pas de l'application d'un régime exorbitant de droit commun. Ce que traduisent ces controverses naissantes, c'est, d'un point de vue idéologique, la difficulté de délimiter désormais le droit administratif du droit commun<sup>45</sup>. Cette difficulté prend une ampleur significative<sup>46</sup> à partir des années cinquante: ni la puissance publique ni le service public ne parviennent plus à circonscrire l'action administrative dans sa globalité<sup>47</sup> si tant est que ces deux catégories aient jamais pu y parvenir<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> C. EISENMANN, «Droit public, droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIX<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle)», *RD*, 1952, p.903-979. Dans le même sens: J. RIVERO, «Droit public et droit privé: conquête ou statu quo?», *D*, chron, 1947, p.69-72. Pour une analyse de la pensée de C. Eisenmann sur cette question du rapport entre le droit et l'Etat: N. CHIFFLOT, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Dalloz, 2009, p.69-109.

<sup>45</sup> G. MORANGE, «Le déclin de la notion de service public», *D*, 1947, chron, p.45-48; J. L'HUILLIER, «À propos de la «crise» de la notion de service public», *D*, 1955, chron, p.119-123; D. LOCHAK, «Les problèmes posés par la concurrence des services publics et des activités privées», *AJDA*, 1971, p.261; A-S. MESHERIAKOFF, «L'arrêt du bac d'Eloka, légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique», *RD*, 1988, p.1059.

<sup>46</sup> Bien qu'elle ne fasse pas nécessairement consensus: R. LATOURNERIE, «Sur un Lazare juridique; bulletin de santé de la notion de service public, agonie, convalescence ou jouvence», in *Etudes et documents*, n°14, 1960, p.61-119; A. De LAUBADERE, «Revalorisations récentes de la notion de service public en droit administratif français», *AJDA*, 1961, p.591-599.

<sup>47</sup> Pour un aperçu des réflexions à ce sujet: J. RIVERO, «Apologie pour les faiseurs de systèmes», *D*, 1951, p.99-102; C. EISENMANN, «Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français», in *Mélanges en l'honneur de J. Maury*, Dalloz/Sirey, T.2, 1960, p.379-403; M. WALINE, «À propos du rapport entre la règle de droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridiction compétent», *RD*, 1961, p.8-20; R. DRAGO, «La réforme du Conseil d'Etat (décrets du 30 juillet 1963)», *AJDA*, 1963, p.524-536; C. EISENMANN, «Un dogme faux: l'autonomie du droit administratif», in *hommage à Sayagues-Laso*, 1969, *op.cit*; J. RIVERO, «Le juge administratif: gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité?», in *Mélanges en l'honneur de Marcel Waline*, T. II, LGDJ, 1974, p.701; C. DEBBASCH, «Le droit administratif face à l'évolution de l'administration française», in *Mel en l'honneur de Marcel Waline*, LGDJ, 1974, p.333-354; J. LAMARQUE, «Le déclin de la clause exorbitante», in *Mel en l'honneur de Marcel Waline*, T.II, 1974, p.497; J-C. VENEZIA, «Puissance publique, puissance privé», in *Recueil d'études en l'honneur de C. Eisenmann*, ed. Cujas, 1977, p.363-378; P. WEIL, «A propos de l'application par les tribunaux judiciaires des règles de droit public, où: les surprises de la jurisprudence Giry», in *Recueil d'étude en l'honneur de C. Eisenmann*, ed. Cujas, 1977, p.379-395; D. TRUCHET, «Réflexions sur le droit économique public en droit français», *RD*, 1977, T. XCXI, p.1009-1042; Y. GAUDEMET, «L'avenir de la juridiction administrative», *Gaz. Pal*, 1979, p.511; D. LINOTTE, «Faut-il encore croire en la notion d'intérêt général?», *RRJ*, 1979, p.49; J. RIVERO, «Nouveaux propos naïfs d'un huron sur le contentieux administratif», *EDCE*, 1979-1980, p.27-30; J. RIVERO, «La fin d'un absolutisme», *Pouvoirs*, 1980, n°13, p.5-15; J-L. MESTRE, «Des précédents de la jurisprudence Giry, les juridictions judiciaires et le contentieux des collectivités locales au XIX<sup>e</sup> siècle», *RD*, 1980, p.5-33; L. FAVOREAU, «L'apport du Conseil constitutionnel au droit public», *Pouvoirs* n°13, 1980, p.17-26; J-M. WOEHLING, «Réflexions sur une crise: la juridiction administrative à la croisée des chemins», in *Mélanges en l'honneur de R-E. Charlier*, ed. de l'Enseignement et de l'Université moderne, 1981, p.341-368; D. LOCHAK, «Le principe de légalité: mythes et mystifications», *AJDA*, 1981, p.387-392; D. TRUCHET, «Nouvelles récentes d'un illustre vieillard-Label de service public et statut de service public», *AJDA*, 1982, p.427; J. GHESTIN, «Droit public, droit privé, institutions publiques, institutions privées, le point de vue d'un privatiste», in *La pensée de C. Eisenmann*, P. AMSELEK (dir.), PUAM/ Economica 1986, p.157-165; J. NORMAND, «Les difficultés d'exécution des décisions de justice», in *Mélanges en l'honneur de H-D. Cosnard*, Paris, Economica, 1990, p.393-408; C. DEBBASH, «Le droit administratif, droit dérogoire au droit commun?», in *Mélanges en l'honneur de R. Chapus*, Paris, Montchrestien 1992, p.127-133; R. ENCINAS De MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Paris, LGDJ, 1996; J. CHEVALLIER, «La fin des écoles?», *RD*, 1997, p.679-700.

<sup>48</sup> J. RIVERO, «Apologie pour les «faiseurs de systèmes», *D*, 1951, chron, p.99-102; J. RIVERO, «Existe-t-il un critère du droit administratif?», *RD*, 1953, p.290; R. CHAPUS, «Le service public et la puissance publique»,

La catégorie de service public servirait en réalité de prétexte pour étendre opportunément le champ de compétence du juge<sup>49</sup>; elle manque en lisibilité dans la mesure où elle se confond au secteur public. Quant à l'unilatéralisme, propre à la catégorie de puissance publique, il peine, en comparaison du droit privé, à rendre compte d'une singularité quelconque du régime de droit public<sup>50</sup>. Cantonnée dans un premier temps à la crise d'une «cohérence» de son régime, la critique de l'exorbitance du droit administratif se déporte sur le terrain des libertés fondamentales, du droit de l'Union ou celui de la convention européenne des droits de l'homme<sup>51</sup>. Elle vise bientôt l'inaptitude du juge administratif à s'adapter au nouveau contexte imposé par l'économie de marché<sup>52</sup>. Tel est le contexte de «crise» du droit administratif dans

---

RDP, 1968, p.235-282; J-L. De CORAIL, *La crise de la notion juridique de service public*, LGDJ, 1954; P. AMSELEK, «Le service public et la puissance publique, réflexions sur une étude récente», *AJDA*, 1968, p.492-507; J-L. De CORAIL, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, LGDJ, 1954.

<sup>49</sup> L. NIZARD, «À propos de la notion de service public: un juge qui veut gouverner», *D*, 1964, chron, p.147-154.

<sup>50</sup> R. ENCINAS De MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ, 1995.

<sup>51</sup> J. CHEVALLIER, «Changement politique et droit administratif», in *Les usages sociaux du droit*, CURAPP/PUF, 1989, p.301; J-P. JACQUE, «La Communautarisation des politiques nationales», *Pouvoirs*, n°48, 1989, p.29; G. BRAIBANT, «Le rôle du Conseil d'Etat dans l'élaboration du droit», in *Mélanges en l'honneur de R. Chapus*, Paris, Montchrestien 1992, p. 91-102; L. FAVOREAU, «Le juge administratif a-t-il un statut constitutionnel?», in *Mélanges en l'honneur de J-M. Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p.112-128; H. OBERDOFF, «L'administration face aux enjeux de la construction européenne», in P. MULLER, *L'administration française est-elle en crise?* L'Harmattan, 1992, p.129-145; J. CHEVALLIER, «Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel», in *Le droit administratif en mutation*, CURAPP/ PUF, 1993, p.11-40; B. MERCUZOT, «L'intégration de la jurisprudence constitutionnelle à la jurisprudence administrative», in *Le droit administratif en mutation*, CURAPP/PUF, 1993, p.177-189; N. DECOOPMAN, «Le contrôle juridictionnel des Autorités administratives indépendantes», in *Le droit administratif en mutation, op.cit.*, p.211-230; J. CHEVALLIER, «Les autorités administratives indépendantes et la régulation du marché», *Justices*, 1995, n°1, p.81-90; R. KOVAR, «Droit communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée», *RTDE*, 1996, n°2, p.215-241; D. TRIANTAFYLLOU, «Service public et concurrence. Déclin ou maintien des monopoles», *REDP*, 1996, vol.7, n°4, p.1025-1039; R. DRAGO, «Un nouveau juge administratif», in *Mélanges en l'honneur de J. Foyer*, Paris, PUF, 1997, p. 451-462; L. FAVOREAU, «La constitutionnalisation du droit» in *Mélanges en l'honneur de R. Drago*, Paris, Economica, 1997, p.25-42; D. TRIANTAFYLLOU, «L'encadrement communautaire du financement du service public», *RTDE*, 1999, p.21-24; R. DRAGO, «La tenaille, réflexions sur l'état du droit administratif», in *Clés pour le siècle*, ed. Panthéon Assas Dalloz, 2000, p.436-442; J-B. AUBY, «La bataille de San romano, réflexions sur les récentes évolutions du droit administratif», *AJDA*, 2001, p.912-926; J-F. FLAUSS, «Dualité des ordres de juridiction et Convention Européenne des Droits de l'Homme», in *Mélanges en l'honneur de J. Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p.523-546; S. BRACONIER, «La prise en compte du droit européen par les juridictions: quelle influence sur le dualisme juridictionnel?», in A. VAN LANG, *Le dualisme juridictionnel: limites et mérites*, Dalloz, 2007, p.25-34.

<sup>52</sup> Pour un aperçu de ces prises de positions critiques: *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, CURAPP, PUF, 1978/1979; L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'Etat, sur la démocratie en France et en Amérique*, PUF, 1985; P. DELVOLVE, «Service public et libertés publiques», *RFDA*, 1985, p.1-11; F. BURDEAU, «La crise du principe de dualité de juridiction», *RFDA*, 1990, p.724-733; F. TERRE, «Perspectives et avenir du dualisme juridictionnel», *AJDA*, 1990, p.595-600; R. DRAGO, «Le juge judiciaire, juge administratif», *RFDA*, 1990, p.757-763; J. CAILLOSSE, «Variations sur le modèle juridique d'administration, la modernisation de l'Etat», *AJDA*, 1991, p.755-764; P. DELVOLVE, «Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administratives et judiciaires», in *Mel. en l'honneur de R. Chapus*, Montchrestien, 1992, *op.cit.*, p.135-145; P. DELVOLVE, «La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative», in *Mel. en l'honneur de J-M. Auby*, Dalloz, 1992, p.47-70; J-J. ISRAEL, «Contentieux administratif et contentieux de la concurrence», in *Mel. en l'honneur de R. Chapus*, Montchrestien, 1992, p.315-332; D. TRUCHET, «Fusionner

lequel s'insèrent les débats autour de la réception du droit de la concurrence<sup>53</sup>. L'exorbitance, qui véhicule l'opposition à la sphère marchande, va progressivement changer de signification. Les causes de ce retournement tiennent principalement au droit européen.

#### B- Le dépassement de l'exorbitance: la lutte pour le monopole du droit public de la concurrence

À mesure que le droit de la concurrence prend une nouvelle ampleur politique, l'intérêt du juge administratif pour son interprétation va grandissant<sup>54</sup>. Le problème de fond est celui de la compétence. Pour prendre la mesure des luttes qui s'opèrent sur cette question, il faut retourner à la fin des années quatre-vingt, là où il était porté à la connaissance du Conseil constitutionnel, le contentieux des décisions de l'ex-Conseil de la concurrence<sup>55</sup>. Dans un premier temps, la décision *Conseil de la concurrence* consacre la compétence exclusive de la juridiction administrative pour tout ce qui a trait à la réformation et l'annulation de décisions administratives prises dans le cadre de prérogatives de puissance publique. Les sages de la rue Montpensier avancent comme justification la loi des 16-24 août 1790 qui érige la séparation des autorités administratives et judiciaires en principe fondamental reconnu par les lois de la république. Mais, dans un second temps, le Conseil juge que le transfert des décisions du Conseil de la concurrence à la Cour d'appel de Paris s'inscrit dans l'intérêt «*d'une bonne administration de la justice*».

---

les juridictions administrative et judiciaire?», in *Mel. en l'honneur de J-M. Auby*, Dalloz, 1992, p.335-345; O. VALLET, «La fin du droit public?», *Rev. adm.*, n°265, 1992; F. DUBOIS, M. ENGUELEGUELE, *et.al.*, «La contestation du droit administratif dans le champ intellectuel et politique», in *Le droit administratif en mutation*, CURAPP/PUF, 1993, p.149-174; Y. POIRMEUR, «La doctrine administrative et le juge administratif», in *Le droit administratif en mutation*, CURAPP/PUF, 1993, p.97-120; C-A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, coll. «Droit et Société», 1999; J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, 2<sup>nd</sup> éd., Paris, LGDJ, coll. «Droit et Société», 2004; J-B. AUBY, *La globalisation, le droit, l'Etat*, Paris, Montchrestien, coll. «Clefs», 2003; C-A. MORAND, «Régulation, complexité et pluralisme juridique», in *Mélanges P. Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p 615-630; J. CAILLOSSE, *La Constitution imaginaire du droit administratif*, PUF, coll. «Les voies du droit», 2008.

<sup>53</sup> L. NIZARD, «A propos de la notion de service public: mythes étatiques et représentations sociales», in *Mel. en l'honneur de C. Eisenmann*, ed. Cujas, 1977, p.92; D. CHABANOL, «Dualité des ordres de juridiction: faut-il brûler le Tribunal des Conflits?», *AJDA*, 1988, p.736; F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, 1995, *op.cit.*, p.415-485; G. BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, PUF, 2002, p.343-363.

<sup>54</sup> Ord. n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> déc.1986, art.1; G. CANIVET, L. IDOT, *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, Evolutions et perspectives*, Litec, 2007; G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006, p.67-84; R. KOVAR, «La peau de chagrin, ou comment le droit communautaire de la concurrence opère la réduction monopoles publics», *Europe*, 1992, p.7.

<sup>55</sup> Déc. 23 janv.1987, 86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du conseil de la concurrence*, Rec.8, note Y. Gaudemet, *RDFA*, 1987, p.287, note F. Luchaire, *Gaz. Pal.*, 18 mars.1987, p.5, note V. Selinsky, *RDP*, 1987, note J. Chevallier, *D.*, 1988, p.117.

Le raisonnement, loin d'éclaircir la répartition de compétence paraît l'obscurcir davantage. La décision *Conseil de la concurrence* se prête en effet à plusieurs lectures<sup>56</sup>. Une certitude est qu'elle érige le critère de «puissance publique» en clause générale de répartition contentieuse entre les deux ordres de juridictions. Partant, seul un noyau restreint de compétence ferait l'objet de consécration constitutionnelle. Au-delà, le législateur disposerait, de la possibilité de modifier la répartition contentieuse entre les deux ordres. Mais ce que ne résout pas la décision du Conseil, c'est le problème de savoir si le nouveau droit spécial de l'ordonnance de 1986 s'applique ou pas aux personnes publiques d'une part; et, d'autre part, quel ordre de juridiction serait habilité à connaître des contentieux qui en résultent. Sur ces deux aspects, les opinions n'ont pas été unanimes<sup>57</sup>.

La difficulté se pose à nouveau devant la Cour d'appel de Paris lors de l'affaire *Ville de Pamiers*<sup>58</sup>. En l'espèce, dans quelle mesure l'attribution d'une concession d'affermage est-elle constitutive d'une pratique anticoncurrentielle? Ou, plus exactement, comment y a-t-il lieu d'interpréter l'article 53 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 qui dispose: «*les règles définies à la présente ordonnance s'appliquent à toute les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques*». En effet, contrairement au Conseil de la concurrence<sup>59</sup>, la Cour d'appel de Paris se déclare compétente pour examiner la légalité de la décision de renouvellement du contrat d'affermage attribué par la ville de Pamiers à la Lyonnaise des Eaux. Elle estime que cette décision «*n'apparaît pas avoir été effectuée dans le respect de la libre concurrence*»<sup>60</sup>.

C'est par une interprétation extensive que la Cour justifie sa compétence: dans la mesure où la ville de Pamiers intervient «*dans le circuit de distribution et de service de l'eau*», il est possible de lui opposer l'application des articles 7 et 8 de l'ordonnance de 1986<sup>61</sup>. Une telle

---

<sup>56</sup> M-A. FRISON-ROCHE, «Le juge administratif face au droit de la concurrence: un sujet de dispute», *RCC*, 1995, n°88, p.13.

<sup>57</sup> V. notes sous la décision *Conseil de la concurrence* précitée.

<sup>58</sup> Notes M. Bazex, *AJDA*, 1988, p.754; M-C. Boutard-Labarde, *Gaz. Pal*, 7 déc.1988, p.4; J-P. Marchi, *Gaz. Pal*, 2 oct. 1988, p.6; R. Chapus, *RFDA*, 1988, p.80.

<sup>59</sup> Déc.88-D-24, du 17 mai.1988, sur mesures conservatoires demandées par la SAEDE

<sup>60</sup> Conclusions B. Stirn, *RFDA*, 1989, p.457-465.

<sup>61</sup> La Cour d'appel affirme en effet: «*Considérant que la ville de Pamiers qui avait le libre choix d'assurer elle-même le service public de distribution d'eau potable ou de le déléguer à un cocontractant, ne pouvait pas manquer, dès lors qu'elle optait pour la seconde voie, de respecter les règles de l'ordre public économique institué par l'ordonnance précitée, en laissant s'exercer le libre jeu de la concurrence entre les entreprises qu'elle avait mises à même de conclure avec elle un contrat d'affermage; Considérant en effet qu'en faisant appel à plusieurs entreprises spécialisées afin de choisir celle à qui serait confiée la distribution d'eau la ville de Pamiers a exercé une action sur le marché; que, dès lors, elle ne pouvait, de son fait, porter atteinte aux règles de la libre concurrence qui s'imposent à tous et dont le contrôle a été confié par la loi au Conseil de la concurrence et, par voie de recours, à la cour d'appel de Paris, afin d'unifier les règles de compétence juridictionnelle, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice; (...)* Considérant, en effet, qu'il résulte des éléments produits aux débats (notamment des attestations de plusieurs

interprétation a des conséquences déterminantes en matière de répartition contentieuse: à supposer que le droit de la concurrence s'applique aux actes administratifs, qu'advient-il de l'exorbitance qui a longtemps sous-tendu la spécificité du droit administratif? La question divise profondément la doctrine publiciste. René Chapus affirme par exemple: «*Mais, en définitive, ne serait-il pas plus expédient d'abolir ce dualisme? Et, pour reprendre la question qui a cependant reçu de Jean Boulouis la réponse ironique qui convient (...) ne faudrait-il pas, tout simplement, «supprimer le droit administratif?»*»<sup>62</sup> D'autres, à l'inverse, tiennent une position plus nuancée<sup>63</sup>.

Par ailleurs, le contentieux entamé devant la Cour d'appel se poursuit devant la juridiction des conflits. En raison de son caractère tardif, la Cour a rejeté le déclinatoire de compétence qui lui a été adressé. L'arrêt qui élève le conflit impose de sursoir à statuer en attendant la décision du Tribunal<sup>64</sup>. Ce dernier se rallie aux conclusions du rapporteur Stirn, pour en déduire l'incompétence de la Cour d'appel de Paris. L'argument, qui reprend en substance la position défendue par R. Chapus, range la décision litigieuse d'attribution du contrat d'affermage dans la catégorie des actes administratifs<sup>65</sup>. En toute logique, sa contestation relève de la juridiction administrative. De là, le Tribunal juge que la décision de la Cour d'appel de Paris méconnaît la portée de la décision du Conseil constitutionnel de 1987. La décision *Ville de Pamiers* fait du Conseil d'État, l'interprète exclusif du droit de la concurrence opposable aux personnes publiques.

---

*membres du conseil municipal de Pamiers ainsi que d'un entrefilet paru, au cours de l'hiver 1987-1988, dans la revue de la Société lyonnaise des Eaux vives) l'existence de "contacts" entre la S.L.E. et la ville de Pamiers, préalablement à la consultation des entreprises mises en compétition, susceptibles de constituer une concertation ayant pour objet de mettre la S.L.E. seule en mesure de répondre aux souhaits de la commune, différents de ceux officiellement exprimés et donc d'évincer les concurrents; Considérant que la collation de l'activité de distribution d'eau de la commune de Pamiers n'apparaît pas avoir été effectuée dans le respect de la libre concurrence.»*

<sup>62</sup> R. CHAPUS, *op.cit.*, p.86.

<sup>63</sup> Pour un aperçu des points de vue: D. LINOTTE, «Le droit public de la concurrence», *AJDA*, 1984, p.60; J.-J. BIENVENU, «Le droit administratif, une crise sans catastrophe», *Droits*, 1986, n°4, p.93; M. BAZEX, «L'implosion du dualisme de juridiction», *Pouvoirs*, 1988, n°46, p.36-42; J. BOULOUIS, «Supprimer le droit administratif?», *Pouvoirs*, *op.cit.*, p.6-12; J. CHEVALLIER, «Le droit administratif, droit de privilège?», *Pouvoirs*, 1988, n°46, p. 57-70; L. COHEN-TANUGI, «L'avenir de la justice administrative», *Pouvoirs*, *op.cit.*, p.13-20; C. BOLZE, «Le transfert du contentieux des décisions du Conseil de la concurrence à la Cour d'appel de Paris», *D*, 1988, chron, p.169; F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, «La soumission des personnes publiques au droit de la concurrence», *D*, 1989, p.67; J.-Y. CHEROT, «La soumission d'acte de droit public au droit de la concurrence n'est pas contraire à la constitution», *D*, 1991, chron, n°33, p.163; J.-J. ISRAEL, «L'activité commerciale sur le domaine public», in *Domaine public et activités économiques*, *CJEG*, 1991, p.83; J.-L. AUTIN, «Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes», *RDP*, 1998, p.1213; Y. GAUDEMET, «Monde économique et justice administrative: la mesure d'une critique», *Justices*, n°1, 1995, p.45-52.

<sup>64</sup> TC, 6 juin.1989, *Préfet de la région Ile-de-France, Préfet de Paris c/ Cour d'appel de Paris*, Rec. p.293; note M. Bazex, *AJDA*, 1989, p.431; note Y. Gaudemet, *RDP*, 1989, p.1780; note P. Terneyre, *JCP G*, 1990, II-21395; note C. Gavaldà et L. De Leyssac, *D*, 1990, p.101.

<sup>65</sup> Selon le rapporteur public, il s'agit de: «*décisions unilatérales relatives à l'organisation d'un service [des] contrats de nature administrative passés pour l'exécution d'un tel service*», in conclusions B. Stirn, *op.cit.*, p.465.

Encore fallait-il que la Haute juridiction soit disposée à faire application de ces nouvelles dispositions; on pouvait en douter, à lire les conclusions du rapporteur public: «*Mais dans ce vaste mouvement d'adaptation du cadre juridique aux besoins nouveaux d'une société exigeante, deux écueils sont à éviter. L'un serait l'oubli de la tradition républicaine de séparation des autorités administratives et judiciaires. L'autre serait l'incompréhension entre le monde du droit public, avec ses prérogatives et ses servitudes, et le monde du droit privé, avec ses droits fondamentaux que protège l'autorité judiciaire*»<sup>66</sup>. La décision *Ville de Pamiers* focalise le débat sur la conciliation de l'exorbitance du droit administratif face au droit de l'Union<sup>67</sup>. Elle suscite aussi des débats plus anciens sur la pérennité du dualisme juridictionnel<sup>68</sup>. Dans un premier temps, la position du Conseil d'État par rapport au droit de la concurrence est celle du rejet. La décision du Tribunal des conflits s'interprète sur cette base: les actes administratifs n'ont pas à être examinés à l'aune du droit de la concurrence ni par le juge administratif, encore moins par une autorité administrative spécialisée; l'invocation du droit de la concurrence constitue un moyen inopérant<sup>69</sup>.

La Cour de cassation s'en tient quant à elle globalement à la lettre de la décision du Tribunal des conflits<sup>70</sup>. Elle réaffirme au besoin à l'adresse du juge administratif, la nécessité

---

<sup>66</sup> Conclusions B. Stirn, *op.cit.*, p.464-465. Sur l'abondant débat qu'a suscité cette question de compétence: R. CHAPUS, «Dualité de juridiction et unité de l'ordre juridique», *RFDA*, 1990, n°5, p.53-58; L. FOUGERE, «1790-1990, Deux siècles de dualisme juridictionnel», *AJDA*, 1990, p.579-580; M. LONG, «L'état actuel de la dualité de juridiction», *RFDA*, 1990, n°5, p.689-693; P. SARGOS, «Points communs et divergences des deux ordres de juridictions», *AJDA*, 1990, p.585-590; B. STIRN, «Ordres de juridiction et nouveaux modes de régulation», *AJDA*, 1990, p.591-594; B. STIRN, «La conception française du service public», *CJEG*, 1993, p.299-305; B. STIRN, «Quelques réflexions sur le dualisme juridictionnel», *Justices*, n°1, 1995, p.41-51.

<sup>67</sup> M-C. BOUTARD-LABARDE, L. VOGEL, «Droit de la concurrence et personnes publiques», *Gaz. Pal.*, 1989, p.747; J-L. AUTIN, «Personnes publiques et droit de la concurrence», *JCP E*, 1994, p.4; M. BAZEX, «Droit de la concurrence et personnes publiques», *Gaz. Pal.*, 1994, p.1198; M. LOMBARD, «A propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés», *D*, 1994, chron, p.163; G. MATHIEU, «L'application du droit de la concurrence aux personnes publiques», *D*, *chron*, 1995, p.27; Y. GAUDEMET, «Conflits de compétence et droit de la concurrence, sur une équivoque», *Mel. Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs*, Dalloz, 1996, p.121-129.

<sup>68</sup> V. les articles publiés dans les deux livraisons de l'*AJDA* et la *RFDA* précités de 1990 sur le dualisme juridictionnel; v., aussi, J-B. AUBY, M. FREEDLAND, *La distinction du droit public et du droit privé, regard français et britanniques*, ed. Panthéon-Assas, 2004; A. VAN LANG, «Débat sur l'avenir du dualisme juridictionnel», *AJDA*, 2005, p.1760-1766; A. VAN LANG, *Le dualisme juridictionnel: limites et mérites*, Dalloz, coll. «Thèmes et commentaires», 2007.

<sup>69</sup> CE, 23 juil.1993, *Compagnie générale des eaux*, Rec.226, note P. Terneyre, *RFDA*, 1994, p.252; CE, 29 juil.1994, *Coopérative d'achat mutualiste des instituteurs de France (CAMIF)*, Rec.365; CE, 23 juil.1993, *Fédération nationale autonome de la fonction publique et des services de santé et autres*, n°126018; CE, 22 janv.1997, *Sté BC*, n°116416; CE, 13 juin.1997, *Sté des transports routiers par pipe-line*, n°167907; CE, 19 mars.1997, *Sté Autocars Blanc*, n°146619. Pour une position radicalement opposée à celle de la jurisprudence *CAMIF* du Conseil d'Etat: CA Paris, 31 oct.1994, *UGAP c/ CAMIF*, n°93/9481; avis n°96-A-13 du 17 déc.1996 *relatif à une demande d'avis de la Cour d'appel de Paris au sujet de la l'activité des Groupements d'Achat Publics (UGAP)*

<sup>70</sup> Les conflits de compétence perdurent cependant. Par ex: CA Paris du 31 oct.1991, *Mme PAROUTY*, *D*, 1992, p. 312, note V. Selinsky, v. aussi, Déc.97-D-71 du 21 oct.1997, *relative à une saisine présentée par les sociétés Asics France, Uhlsport France, LJO International, Le Roc Sport, VIP France, Puma France, Mizuno France*,

de se référer aux règles de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986<sup>71</sup>: «(...) attendu que si la fourniture d'un navire par un service public constitue un acte de production économique qui relève de l'article 53 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 et lui rend applicable les dispositions des articles 7 et 8 de cette même ordonnance relatives à la prohibition des pratiques anti-concurrentielles, la décision administrative par laquelle le ministre, à l'issue d'une procédure d'ouverture des plis faite en application des dispositions du code des marchés publics, attribue le marché à un des soumissionnaires, relève de la compétence de la juridiction administrative; que le moyen ne peut être accueilli». La Cour de cassation décide pour ce faire de surseoir à statuer dans deux affaires (*Pompes funèbres générales, SARL Interarbres et SA Pompes Funèbres Générales*) afin d'interroger, par une question en appréciation de validité, la légalité d'actes administratifs au regard du droit de la concurrence<sup>72</sup>. Le problème de la répartition contentieuse n'en reste pas moins latent comme l'illustre une nouvelle décision du Tribunal des conflits<sup>73</sup>.

Le Conseil d'État n'est pas insensible à l'invitation adressée par l'ordre judiciaire<sup>74</sup>, d'autant que la prégnance de l'idéologie du marché l'y presse<sup>75</sup>. Le rapport public de 1992<sup>76</sup>, dont l'étude porte sur le droit européen, est un signe avant-coureur: il aborde la question de la transposition des directives ainsi que des moyens de parvenir à une collaboration plus harmonieuse avec la Commission européenne. Les thèmes ont trait aux rapports entre droit européen, collectivités territoriales, régime des marchés publics, aides d'État, fonction publique, protection de l'environnement; de droit de la concurrence, point de trace cependant,

---

*ABM Sport France, W. Pabisch, Lotto France, Nike France et Noël France, d'une part, et par la société Reebok France, d'autre part*, BOCCRF, n°24, 31 déc.1997; Déc. 98-D-77, 15 déc.1998, relative à des pratiques mises en œuvre par Aéroports de Paris dans le secteur de l'hôtellerie à la périphérie de l'aéroport de Paris Roissy Charles de Gaulle; Déc. 98-MC-03, 19 mai.1998 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par l'Association française des opérateurs privés de télécommunications; Déc. 98-D-52, 7 juil.1998 relative à des pratiques relevées dans le secteur du mobilier urbain; Cass.com, 2 déc.1997, *Sté Nike c/ Ligue Nationale de football, RJDA*, 1998, n°2.

<sup>71</sup> Cass.com, 14 déc.1993, *Guy Couach Plascoa*, BOCCRF, n°6/1994

<sup>72</sup> CA Paris, 26 avr.1989, *Pompes funèbres Générales*, BOCCRF, n°11/1990; CA Paris, 1<sup>er</sup> mars.1993, *SARL Interarbres et SA Pompes Funèbres Générales*, inédit.

<sup>73</sup> TC, 4 nov.1991, *CAMIF c/ UGAP*, n°2676

<sup>74</sup> V. aussi, CA, Paris, 23 août.1995, *DMN*, BOCCRF, 29 sept.1995, p.403; Cass.com, 12 déc.1995, *DMN*, n°93-13.880, Bull.civ, n°301, p.276

<sup>75</sup> Comme en témoigne l'interprétation extensive de la compétence de l'autorité judiciaire: CA Paris, 23 déc.1991, *La Cinq SA*, BOSP, n°3 du 24 janv.1992, p.42; Déc. 90-MC-12 du 12 déc.1990, *Ecole de ski Snow Fun*, BOCCRF, 1990, n°26, p.452; Déc.91-D-07 du 19 févr.1991, relative à la situation de la concurrence dans le secteur de l'enseignement du ski, BOCCRF, 1991, n°6, p.94; CA Paris, 26 sept.1991, *Syndicat local des moniteurs de l'école de ski français de la vallée de Méribel*, n°91/007646; CA Paris, 6 juil.1994, *Sté Total Réunion Comores, Elf Antar France et Esso*, BOCCRF, 1994, n°12, p.229, note L. Vogel, CCC, 1994, n°195 et 197; CA Paris, 27 janv.1998, *EDF*, BOSP, n°2, 17 févr.1998, p.54

<sup>76</sup> Conseil d'Etat, Rapport public n°44, 1992, *Sur le droit communautaire*, Paris, La documentation Française, 1993.

ce qui contraste fortement avec le futur rapport sur les *Collectivités publiques et droit de la concurrence*.

C'est qu'entre temps, la Commission, dans son rapport annuel de 1992 sur la politique de la concurrence, entreprend un bouleversement de taille: en vue d'atteindre les objectifs du marché commun, elle annonce son intention de lutter contre les monopoles nationaux<sup>77</sup>. Dans son activisme, elle est d'ailleurs soutenue par la Cour de justice<sup>78</sup>. Au modèle de service public à la française, s'oppose bientôt celui de service universel<sup>79</sup>. Le service universel traduit en effet l'idée que le fonctionnement du marché n'est pas nécessairement antinomique de la qualité du service public<sup>80</sup>.

La nouvelle orientation du droit européen, ajoutée aux velléités de l'ordre judiciaire sur le contentieux de la concurrence, participe de l'évolution de la jurisprudence *Compagnie générale des eaux*<sup>81</sup>. Au sein même de la juridiction administrative, certains appellent de leurs

---

<sup>77</sup> XXII<sup>e</sup> Rapport sur la politique de la concurrence, Bruxelles, 1992.

<sup>78</sup> V. par ex, CJCE 16 juin.1987, *Commission/Italie*, aff.118/85; CJCE 20 mars.1985, *Commission/Italie*, aff.41/83; CJCE, 23 avr.1991, *Höfner Elser*, aff.41/90; CJCE 13 déc.1991, *GB-Inno BM*, aff.18/88; CJCE 12 févr.1992, *Pays-Bas et Koninklijke PTT Nederland/Commission*, aff.jtes C-48/90 et 66/90

<sup>79</sup> Pour une justification de cette position: H. DEMSETZ, «Why regulate Utilities?», *JEL*, vol. XI, 1968, p. 55-65; H. LEPAGE, *La nouvelle économie industrielle*, Pluriel, 1989, p.201-202; G. BECKER, «Competition and democracy», *JLE*, vol.1, oct.1958, p.105-109; pour un point de vue plus nuancé: L. CARTELIER, «Les services publics européens entre théorie économique et droit communautaire», in L. CARTELIER, J. FOURNIER, *et.al*, *Critique de la raison communautaire*, Economica-Ciriec, 1996, p.71-91; M. DEBENE, O. RAYMUNDIE, «Sur le service universel: renouveau ou nouvelle mystification?», in L. CARTELIER, J. FOURNIER, *et.al*, *op.cit*, p.109-126.

<sup>80</sup> Comme l'illustrent par exemple, les arrêts de la Cour de Justice: *Corbeau et Commune d'Almelo*, CJCE, 19 mai.1993, *Procédure pénale c/ Corbeau*, aff.C-320/91, Rec.1993, p.I-2533; CJCE, 27 avr.1994, *Gemeente Almelo e.a. / Energiebedrijf IJsselmij*, aff.C-393/92, Rec.1994, p.I-1477, note F. Hamon, *AJDA*, 1993, p.865; CJCE, 24 juil.2003, *Altmark Trans GmbH*, aff.C-280/00, Rec.p.I-7747. Pour une illustration récente de réinterprétation du concept de service public par le juge européen: CJCE, 23 avr.2009, *TNT Post UK Ltd*, aff.C-357/07, obs. G. GUGLIELMI, G. KOUBI, «La notion de service public en droit européen», *AJDA*, 2009, p.1783. Pour une discussion sur le service universel, v. entre autres: L. CARTELIER, J. FOURNIER, *et.al*, *Critique de la raison communautaire*, Paris, Economica-Ciriec, 1996; D. ENCAOUA, L. FLOCHEL, «La tarification: du monopole à la concurrence régulée», *AJDA*, n° spécial, *Droit de la télécommunication, entre déréglementation et régulation*, 1997, p.254-266; M. LOMBARD, «Service public et service universel ou la double inconstance», in *Mél. B. Jeanneau*, Dalloz, 2002, p.507.

<sup>81</sup> CE, 23 juil.1993, *Compagnie générale des eaux*, Rec. 226, note Terneyre, *RFDA*, *op.cit*; M. BAZEX, «La réforme de la concurrence», *AJDA*, 1985, p.583; M. BAZEX, «La concurrence réglée: secteur public et privé», in J-M. RAINAUD, R. CRISTINI, *Droit public de la concurrence*, Paris, Economica, 1987, p.231; M. BAZEX, «Problématique générale de l'intervention des opérateurs publics dans une économie de concurrence», in *Secteur public et concurrence*, Colloque, Paris X Nanterre, *LPA*, 19 août.1988, n°100, p.5; M. BAZEX, «Vers de nouveaux modèles normatifs pour le secteur public?», *AJDA*, 1990, p.662; M. BAZEX, «La privatisation, stade suprême de l'interventionnisme?», *RFDA*, 1994, p.103; M. BAZEX, «Existe-t-il des règles de concurrence en dehors de l'ordonnance de 1986?», *Gaz. Pal*, févr.1997, p.47; M. BAZEX, «L'analyse économique, nouvel instrument du contentieux juridictionnel des interventions économiques des personnes publiques», *LPA*, 4 avr.1997, n°41, p.10; M. BAZEX, «La concurrence peut-elle être un instrument de pilotage de l'économie par les pouvoirs publics?», *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 1997, T XLV, p.207; J-M. THOUVENIN, «Personnes publiques, personnes privées investies d'une mission de service public, et droit de la concurrence», *D. aff.*, n°11/1997, p.331.



vœux cette mutation<sup>82</sup>. Un vif débat oppose les partisans du service public à la française à ceux du service universel, ou à ceux qui plaident pour une conciliation des deux idéologies<sup>83</sup>. On retrouve le même clivage entre le gouvernement français et Bruxelles<sup>84</sup>. La France adresse à la Commission européenne un mémorandum sur le service public dans lequel elle propose l'élaboration d'une charte sur le sujet. Un rapport intitulé *l'Europe et les services publics* est lui aussi publié par le Sénat<sup>85</sup>.

Dans la même veine, le rapport du Conseil d'État de 1994, *Service public, services publics, déclin ou renouveau* pointe les divergences qui opposent le droit administratif au droit de l'Union. L'avant-propos donne immédiatement le ton: «(...) *Le Conseil d'État ne s'est jamais, dans toute son histoire, aussi bien dans ses attributions de juge que dans ses fonctions de conseils, éloigné «d'une certaine idée du service public» autour de laquelle s'est construit le droit administratif*»<sup>86</sup>. Le rapport se livre alors à une critique en règle de

<sup>82</sup> V. par ex le point de vue de l'ancien Vice-président du Conseil d'Etat, R. Denoix- de Saint-Marc, in *La constitution imaginaire du droit administratif*, op.cit, p.35-36.

<sup>83</sup> Pour un aperçu des points de vue sur la question: M. BAZEX, «La réforme de la concurrence», *AJDA*, 1985, p.583; M. BAZEX, «La concurrence réglée: secteur public et privé», in J-M. RAINAUD, R. CRISTINI, *Droit public de la concurrence*, Paris, Economica, 1987, p.231; M. BAZEX, «Problématique générale de l'intervention des opérateurs publics dans une économie de concurrence», in *Secteur public et concurrence*, Colloque, Paris X Nanterre, *LPA*, 19 août.1988, n°100, p.5; M. BAZEX, «Vers de nouveaux modèles normatifs pour le secteur public?», *AJDA*, 1990, p.662; J. CHEVALLIER, *Le service public*, «Que sais-je?», PUF, 1991; L. RICHER, «L'interprétation de l'article 53 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 depuis 1989», *CJEG*, 1991, p.175; M. BAZEX, «La privatisation, stade suprême de l'interventionnisme?», *RFDA*, 1994, p.103; B. LASSERRE, «L'entreprise publique, du monopole à la concurrence», *CJEG*, juin, 1994, p.335-338; D. BERLIN, «Les actes de la puissance publique et le droit de la concurrence», *AJDA*, 1995, p.259; M-A. FRISON-ROCHE, «Le poids des idées dans la répartition des compétences entre juges judiciaires et administratif en matière de concurrence au regard de la loi du 8 février 1995», *Gaz. Pal.*, 1<sup>er</sup> juil.1995, n°78, p.755; J-L. LESQUINS, «Le droit de la concurrence et les personnes publiques», *RCC*, 1995, n°87, p.39; M. LOMBARD, «Délégation de service public et droit de la concurrence», *LPA*, 4 sept. 1995, n°106, p.4; G. VEDEL, «Service public à la française. Oui mais lequel?», *Le Monde*, 22 déc.1995, p.13; D. BERLIN, «Droit communautaire et régimes exorbitants de droit commun», *AJDA*, 1996, p.39 in n° spécial, *Droit administratif et droit communautaire*; J-M. BELORGEY, «Service public et droit communautaire», *AJDA*, 1996, n° spécial, op.cit, p.35; J. CHEVALLIER, «La réforme de l'Etat et la conception française du service public», *RFAP*, 1996, n°77, p.189-205; F. MODERNE, «Le concept du service public à l'épreuve du marché unique européen», *Mel. J. Mas*, Economica, 1996, p.239-252; L. CARTELIER, J. FOURNIER, et.al, *Critique de la raison communautaire. Utilité publique et concurrence dans l'Union européenne*, Economica-Ciriec, 1996; M. BAZEX, «L'analyse économique, nouvel instrument du contentieux juridictionnel des interventions économiques des personnes publiques», *LPA*, 4 avr.1997, n°41, p.10; M. BAZEX, «La concurrence peut-elle être un instrument de pilotage de l'économie par les pouvoirs publics?», *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 1997, T XLV, p.207; J-M. THOUVENIN, «Personnes publiques, personnes privées investies d'une mission de service public, et droit de la concurrence», *D. aff.*, n°11/1997, p.331; G. ECKERT, «Les modes de financement du service public dans un environnement concurrentiel», in *Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché*, La documentation Française, 1998, T. II, p.429; P. ESPUGLAS, *Le Service public*, Dalloz, coll. «Connaissance du droit», 2002; P. ESPUGLAS, «Le service universel», *DA*, 2002, chron. n°21, p.7; L. DRIGUEZ, S. RODRIGUES, «Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire», *AJDA*, 2008, p.191; M. KARPENSCHIF, «Vers une définition communautaire du service public?», *RFDA*, 2008, p.58.

<sup>84</sup> M. LOMBARD, *L'Etat Schizo*, J-C. Lattès, 2007, p.70.

<sup>85</sup> *Rapport d'information fait par M. Jacques OUDIN, le 6 octobre 1993, au nom de la Délégation pour les Communautés européennes: "L'Europe et les services publics" n°6, session ordinaire 1993-1994.*

<sup>86</sup> Conseil d'Etat, rapport public, n°46, *Service public, services publics, déclin ou renouveau?* 1994, Paris, La documentation Française, 1995, p.15-134.

l'approche qualifiée de minimaliste du droit européen. Il oppose à la place, une voie médiane. Nul ne doute en effet que l'ancienne idéologie qui faisait corps avec l'État providence doit être raisonnablement amendée<sup>87</sup>. De quelle manière? Le rapport ne le précise pas encore clairement.

Entre les acteurs nationaux, la lutte engagée par le Conseil d'État pour maintenir son monopole dans l'interprétation du droit de la concurrence se poursuit. En effet, l'éclatement du contentieux de la concurrence constitue, pour le législateur, un argument de réforme contentieux. *A contrario* de la décision *ville de Pamiers*, l'article 53 de l'ordonnance de 1986 est modifié comme suit: «*Les règles du présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public*»<sup>88</sup>. Cet ajout traduit l'intention de transférer à l'Autorité de la concurrence, les activités des personnes publiques opérées dans le cadre de contrats délégation.

À lire les débats, l'amendement proposé aurait été motivé par des raisons de moralisation de l'achat public<sup>89</sup>. À cet égard, le rapporteur auprès de l'Assemblée indique que la jurisprudence *Ville de Pamiers* crée un vide juridique «*quant à l'application de l'ordonnance de 1986 aux délégations de service public*»<sup>90</sup>. Une interprétation contraire est cependant avancée devant le Sénat; elle apparaît même très éclairante pour comprendre le revirement futur *Million et Marais*: «*Or, la jurisprudence évoquée ci-dessus n'a pas eu pour effet de restreindre le champ d'application de l'ordonnance. Réaffirmant le principe selon lequel le contrôle des décisions des collectivités publiques qui sont l'expression de prérogatives de*

---

<sup>87</sup> Pour un état de la discussion sur ce point: B. STIRN, «La conception française du service public», *CJEG*, 1993, p.299; M. BAZEX, «L'appréhension des services publics par le droit communautaire», *RFDA*, 1995, p.296; L. RAPP, «La politique de libéralisation des services publics en Europe, entre service public et service universel», *RMCUE*, n°389, 1995, p.352; R. KOVAR, «Droit communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée?», *op.cit.*, *RTDE*, 1996, p.215; J-P. VALETTE, *Le service public à la française*, Ellipses, 2000; P. ESPUGLAS, *Le Service public*, 2<sup>nd</sup> ed. 2002; M. LOMBARD, *L'Etat Schizo*, J-C. Lattès, 2007.

<sup>88</sup> Loi 8 févr.1995, art. 6, JORF, 9 févr.1995 n°95-127, *relative aux marchés et délégations de service public*; L. RICHER, «Chroniques de législation, réformes de février 1995 relatives aux conventions de délégation de service public et aux marchés publics», *AJDA*, 1995, p.295.

<sup>89</sup> «*Mme V. Neiertz, d'accord avec le rapporteur pour regretter que les textes organisant le contrôle des marchés publics ne soient pas toujours appliqués, a pris l'exemple de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) dont les agents, trop peu nombreux, ne sont pas en mesure de surveiller efficacement les appels d'offres pour les marchés publics locaux. Mais, même lorsque ces agents parviennent à relever des pratiques irrégulières, le Conseil de la concurrence ne peut y donner suite, depuis qu'il s'est vu retirer, il y a quelques années, ses prérogatives en matière de contrôle des marchés publics locaux; il est alors nécessaire de lui rendre compétence en la matière afin, non seulement de remobiliser les fonctionnaires de la DGCCRF quelque peu découragés par le manque de suites données à leurs travaux, mais aussi d'amener le Conseil à prendre des décisions qui serviront de référence aux élus pour la passation de leurs marchés*», in Rapport, AN, n°1782, p.13.

<sup>90</sup> Rapport AN, *op.cit.*

*puissance publique relève du juge administratif, elle n'interdit pas au Conseil de la concurrence d'examiner le comportement des délégataires de service public, ni au juge administratif d'appliquer, le cas échéant, l'ordonnance aux actes des personnes publiques. (...)*<sup>91</sup>.

Cette nouvelle lecture de la jurisprudence *Ville de Pamiers* ouvre la porte à l'intégration du droit de la concurrence dans le bloc de légalité administrative. Pour autant, le vote de l'amendement de la loi du 8 février 1995 ne fait pas plier immédiatement la jurisprudence *Compagnie générale des eaux*: non seulement le Conseil d'État maintient sa compétence en matière de contrats administratifs, mais il juge toujours inopérants les moyens tirés de la violation des règles de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986<sup>92</sup>. Et ce, en dépit d'une décision du Conseil constitutionnel du 2 février 1995 qui déclare conforme à la constitution la modification législative ainsi opérée<sup>93</sup>.

Sur le front européen, le combat du gouvernement français pour la défense du service public se solde par une victoire à la Pyrrhus<sup>94</sup>. Deux rapports, déposés à l'intention du Premier Ministre, l'un du vice-président du Conseil d'État, l'autre du Commissariat général au plan, prennent acte de la nécessaire modernisation du modèle de service public à la française<sup>95</sup>. Réciproquement, la communication de la Commission sur les services d'intérêt général apporte des garanties sur l'importance accordée à l'idée de «service public»<sup>96</sup>. Lors des négociations du traité d'Amsterdam, la position de la France sur cette question reste minoritaire: ni la création d'une charte des services publics ni la modification du §3 de l'article 106 ne sont entérinées. À la place, un article 16 est adopté qui proclame l'attachement de l'Union à la cohésion sociale. C'est là, il faut le reconnaître, une consolation bien maigre, dans la mesure où il est précisé que cet article s'exerce sans préjudice de l'article 106 TFUE. Indirectement contestée au plan interne et européen, la position du Conseil d'État est contrainte d'évoluer.

---

<sup>91</sup> Rapport, Sénat, C. Bonnet, n°200 p.31-32.

<sup>92</sup> Par ex: CE, 3 nov.1995, *District de l'agglomération Nancéienne*, n°152484 où le Conseil se réfère au droit de «limitation de la concurrence» sans se référer pourtant aux règles de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986; CE, 8 déc.1995, *Sté Anonyme Comitex*, n°115.217

<sup>93</sup> Décision n° 95-361 DC, du 2 févr. 1995, *Loi relative aux marchés publics et délégations de service public*, JO, 7 févr.1995, p.2098

<sup>94</sup> M. LOMBARD, *L'Etat Schizo*, *op.cit.*, p.70.

<sup>95</sup> M. BAZEX, C. BUISSON, *Droit communautaire de la concurrence et service public*, Commissariat général au plan, 1994; M. BAZEX, «L'appréhension des services publics par le droit communautaire, in *L'Europe de l'utilité publique. Des industries de service public renouvelées dans l'Europe libérale*, Rapport au Ministre de l'Economie, ASPE, coll. «rapports officiels», annexe au rapport, 1995; C. STOFFAES, *Services publics: question d'avenir*, ed. Odile Jacob, La documentation Française, 1995; R. DENOIX De SAINT MARC, *Rapport à M. le Premier Ministre sur le service public*, Paris, mars.1996.

<sup>96</sup> Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe, JO, C 281, p.3; Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe, JO, C 17, du 19 janv.2001, p.4.

## Paragraphe 2: Le Conseil d'État, réconciliateur de l'exorbitance et des règles du marché

Sous l'effet des différentes contraintes évoquées, le Conseil d'État ne va pas tarder à intégrer le droit européen (A) et à mettre en scène une nouvelle justification de l'exorbitance (B).

### A- L'intégration du droit de la concurrence dans le bloc de légalité administrative

Dès 1996, la juridiction des conflits statue à nouveau sur l'interprétation de l'article 53<sup>97</sup>. Déléataire de la Fédération Française de Football, la Ligue Nationale de Football (ci-après *LNF*) décide de façon unilatérale l'utilisation d'un nouveau logiciel de gestion des billetteries pour les clubs de première et seconde division à l'exception du Paris Saint-Germain. Le litige portait sur la nature d'une telle décision. Du point de vue du droit européen, un tel acte était susceptible d'enfreindre les règles du traité; la qualification de droit exclusif par référence au service concédé ne faisait aucun doute de même que l'abus qui en découlait.

Tel n'est pourtant pas la position du Tribunal des Conflits. Au contraire, le raisonnement est des plus classiques: l'activité de la *LNF* est une activité de service public et la décision d'unifier le logiciel *Ticketfoot* en matière de gestion de billetteries entre dans cette dernière catégorie. Bien que la *LNF* soit une personne privée, elle n'agit pas moins dans le cadre de prérogatives de puissance publique<sup>98</sup>. Il en découle que l'acte de *LNF* ressort de la compétence du juge administratif et échappe à l'application du droit de la concurrence. Cette interprétation discutable<sup>99</sup> n'a pas entraîné l'adhésion de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation<sup>100</sup>. Cette dernière s'enhardit même et va jusqu'à confronter l'application d'un acte réglementaire aux règles du droit européen de la concurrence<sup>101</sup>.

---

<sup>97</sup> CA Paris, 16 avr.1996, *Ligue Nationale de Football*, BOCCRF, 1996, n°7, p.171; TC, 4 nov.1996, *Préfet de la région d'Ile-de-France, Préfet de Paris c/ Sté Datasport*, Rec.p.552, *AJDA*, 1997, chron. Chauvaux et Girardot, p.142. La même année, la Cour de cassation publiait son rapport annuel consacré à la question de l'application du droit de la concurrence aux personnes publiques: Cour de Cassation, *Rapport. Annuel. 1996*, p.157.

<sup>98</sup> CE, 28 juin.1963, *Sieur Narcy*, Rec.p.401; CE, 13 mai.1938, *Caisse primaire, «Aide et protection»*, Rec.p.417. Remarquons qu'une application stricte de la qualification de «service public» imposait que l'activité de la *LNF* fasse l'objet d'un contrôle étroit de la part de la personne publique. Cette condition n'a pas été examinée en l'espèce.

<sup>99</sup> Si le Conseil d'Etat reconnaît, dans un arrêt ultérieur, que l'activité de la *LNF* ne s'exerce pas dans «l'intérêt général», il n'applique pas pour autant les règles de concurrence: CE, 19 nov.1997, 2<sup>e</sup> et 6<sup>e</sup> ss.sect, *Sté Nike France et autres*, n°170660.

<sup>100</sup> Cass.com, 2 déc.1997, n°95-19.753, *Sté Nike France c/ LNF*, BOSP, n°24 du 31 déc.1997, p.882

<sup>101</sup> Cass.com, 6 mai. 1996, *France Télécom c/ Sté CMS*, note, M. Bazex, «Incompatibilité avec le droit communautaire du règlement de France Télécom refusant la communication à des éditeurs d'annuaires concurrents le nom des abonnés figurant sur la liste orange», *AJDA*, 1996, p.1033-1036; cette solution de la Cour

De façon plus surprenante, un arrêt du Conseil d'État fait aussi application du droit européen<sup>102</sup>. À ce titre, nombre de conclusions plaident pour un revirement de la jurisprudence *Compagnie générale des Eaux*<sup>103</sup>. Avec la jurisprudence *FFSA* le juge réceptionne désormais la catégorie d'abus automatique de position dominante, et montre des signes d'alignement progressif vis-à-vis du droit européen<sup>104</sup>. Cette stratégie est la réponse aux sceptiques qui opposent l'inaptitude à la fois technique et idéologique du juge administratif au contentieux de la concurrence.

L'arrêt *Million et Marais* constitue le point culminant de ce revirement tant attendu<sup>105</sup>. Au travers des conclusions du rapporteur Stahl, le Conseil d'État met en scène sa propre redéfinition idéologique dans un contexte concurrentiel. L'arrêt *Million et Marais* n'est que le prétexte d'une telle justification. Comme on l'a vu, il fait suite à des questions en appréciation de validité, posées par les Cours d'appel de Paris et d'Orléans depuis l'année 1989<sup>106</sup>.

Une relecture opportune de la jurisprudence *Ville de Pamiers* dans le sens de celle présentée par le Sénat quelques années plus tôt, permet au rapporteur public d'inviter le Conseil d'État à intégrer dans le bloc de légalité administrative, les dispositions de l'ordonnance de 1986. Par la même occasion, l'amendement ajouté par la loi du 2 février 1995 est interprété en ce qu'il étend l'application du droit de la concurrence aux contrats de concessions<sup>107</sup>. Deux arguments plaident, selon le rapporteur, dans le sens d'un revirement. Le premier tient à des raisons de cohérence: l'intégration du droit de la concurrence dans le bloc de légalité administrative apaisera les critiques selon lesquelles le juge administratif crée des zones d'immunités au profit des personnes publiques. En second lieu, la prégnance de l'économie de marché impose une jurisprudence désormais centrée sur l'usager. Cette justification nouvelle répond aux contestations d'une jurisprudence perçue comme plus

---

de cassation fut critiquée par certains commentateurs notamment, B. SEILLER: «Le droit communautaire et le principe de séparation des autorités», *RFDA*, 1996, p.1161. Pour un exposé du problème: R. BLAISOT, *Droit communautaire et dualité de juridiction en droit français*, Mémoire, DEA Contentieux du commerce international et européen, Université Paris X Nanterre.

<sup>102</sup> CE, 12 juin.1996, *Sté Christ et Fils*, Rec.p.223; CE, 30 avr.1997, *Syndicat des médecins d'Aix et sa région*, Rec, p.171

<sup>103</sup> CE, 19 juin.1997, *Sté de transport Pipe Line*; CE, 6 déc.1996, *Sté Lambda*, CE, 13 juin.1997, *Sté Ambulance de la Vallée*; TA Réunion, 9 juil.1997, *Sté La ferme Alizé c/ département de la Réunion*, in J-Y. CHEROT, *Droit public économique*, Economica, 2007, p.17.

<sup>104</sup> CE, 8 nov.1996, *FFSA*, Rec. p.441, note M. Bazex, *LPA*, 4 avr.1997, p.10; *CJEG* 1997, concl. J-C. Bonichot.

<sup>105</sup> CE, 3 nov.1997, *Sté Million et Marais*, Rec.p.406; CE, 3 nov.1997, *Sté Yonne Funéraire*, n°148698 et *Sté Interarbres*, n°165260, Rec.p.393, note Y. Gaudemet, *RDP*, 1998, p.256; note O. Guezou, *AJDA*, 1998, p.247; note Maigre, *CCC*, 1997, n°100, p.46.

<sup>106</sup> V. développements infra §1.

<sup>107</sup> Conclusions J-H. Stahl, *RFDA*, 1997, p.1233.

protectrice de la puissance publique<sup>108</sup>. De toute évidence, ces deux arguments font corps au nouveau contexte idéologique et, par la même occasion, viennent contrer les critiques de tous ordres qui ont été avancées à l'encontre de la jurisprudence administrative en matière de droit de la concurrence. Une lecture convenue de la jurisprudence *Million et Marais* pourrait s'en tenir à ce niveau.

Les virtualités de cet arrêt vont cependant beaucoup plus loin. En plus des arguments sus évoqués, le rapporteur public pose déjà les bases d'une émancipation future. Il distingue à cet égard, un contrôle «abstrait» censé être exercé par le juge administratif, du contrôle dit «concret» de l'Autorité de la concurrence et de la Cour d'appel de Paris. Cette césure opère, dans l'interprétation de règles censées être uniformes, une dichotomie singulière. Cette dichotomie peut se lire de deux manières. Elle peut soit acter que le droit des pratiques anticoncurrentielles diffère du droit opposable aux personnes publiques par conformité avec celui de la Cour de justice, soit signifier que le contenu de cette opposabilité doit, de façon prétorienne, être défini par le juge administratif<sup>109</sup>. Le rapporteur suggère que le juge fasse appel, en cas de besoin, à l'Autorité de la concurrence en tant «qu'expert». Pour la solution d'espèce, le rapporteur se réfère aux décisions de l'Autorité et à la jurisprudence européenne dans la définition du marché pertinent, mais non pour la qualification d'abus<sup>110</sup>.

L'arrêt *Million et Marais* a été mythifié comme le point culminant allant dans le sens de l'intégration d'une grille de lecture plus économique dans l'interprétation du droit administratif<sup>111</sup>. Dans la mesure où cette proposition se confirme par de nombreuses jurisprudences postérieures, l'affirmation comporte une part de vérité. On a vu cependant que le Conseil d'État amorçait par la même occasion son émancipation partielle du droit européen. À ce titre, la jurisprudence *Million et Marais* doit être rapprochée de l'arrêt *Ordre des avocats à la Cour de Paris* rendu la même année<sup>112</sup>.

L'arrêt met en cause un décret organisant des bases de données juridiques. La violation de l'article 106 TFUE est soulevée comme moyen devant le juge: est contesté le droit exclusif accordé au concessionnaire des bases de données, de percevoir des redevances dans leur mise

---

<sup>108</sup> C. BRECHON-MOULENES, «La place du juge administratif dans le contentieux économique public», *AJDA*, 2000, p.679-686.

<sup>109</sup> M. BAZEX, «Le juge administratif et l'application du droit national et communautaire de la concurrence: contenu et spécificité», *RCC*, 2000, n°16, p.11.

<sup>110</sup> De même que le Conseil d'État n'examine pas sous l'angle de la qualification de prix prédateur, les tarifs pratiqués par le concessionnaire de pompes funèbres, concl. Stahl, *op.cit.*, p.1237-1238.

<sup>111</sup> N. CHARBIT, *Secteur public et concurrence*, Paris, Joly, 1999; D. KATZ, *Juge administratif et droit de la concurrence*, PUAM, 2004; S. NICINSKI, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2005; G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006.

<sup>112</sup> CE, 17 Décembre 1997, *Ordre des avocats à la cour de Paris*, concl. J-D. Combrexelle, *AJDA*, 1998, p.362.

à disposition. Si elles se réfèrent au droit européen, les conclusions conformes du rapporteur public s'orientent dans un sens différent de la jurisprudence de la Cour de justice. Elles rappellent que la Cour ne méconnaît pas les dérogations aux règles de concurrence et soutiennent, qu'«*En tout état de cause, votre décision Million et Marais nous semble avoir pour corollaire (...) l'émergence d'un principe prétorien directement inspiré de la jurisprudence de la Cour (...) ce principe conciliant sous le contrôle étroit du juge, les exigences de service public à celles de la concurrence (...) À cet égard, votre décision Sté Million et Marais ne doit pas être regardée comme un aboutissement, mais au contraire comme la première marche d'une évolution qui devrait vous conduire à réinventer un nouveau droit du service public conciliant les exigences traditionnelles du service public avec celles du droit de la concurrence*»<sup>113</sup>.

Le rapporteur public se livre à une relecture de la jurisprudence de la Cour relative à l'article 106 pour en déduire que «*Le décret lui-même ne place pas le concessionnaire dans une situation dans laquelle il serait automatiquement et nécessairement amené à abuser d'une position dominante sur le marché. Les avantages consentis au concessionnaire qui tiennent à l'obligation faite aux administrations de lui fournir leurs bases de données sont compensés dans le décret par les obligations de service public (...) Le décret est neutre et les conditions concrètes de son application ne relèvent pas de votre compétence, mais de celles des autorités chargées, tant au niveau communautaire qu'au niveau national, d'assurer le respect des règles de concurrence*»<sup>114</sup>.

Au regard de cet arrêt, deux lectures du revirement opéré par le Conseil d'État se dégagent. La première fait en apparence le jeu du droit européen; la seconde s'en émancipe. La Haute juridiction joue à la fois sur l'une et l'autre des possibilités dans l'élaboration de sa jurisprudence<sup>115</sup>. Ainsi, les arrêts *Sté Interbrew France*, *Sté the Coca-Cola Company*<sup>116</sup>,

---

<sup>113</sup> Concl. J-D. Combrexelle, *AJDA*, 1998, p.362, *op.cit.*

<sup>114</sup> Pour une analyse de critique de cette position: J-Y. CHEROT, «Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence», *AJDA*, 2000, p.687-696.

<sup>115</sup> Par ex, CE, 26 juin.1998, *Sté AXS Télécom et Sté Esprit Télécom France*, Rec.p.248; CE, 2 juil.1999, *SA Bouygues et autres*, Rec.p.226; CE, 13 oct.1999, *Cie nationale Air France c/ ADP*, *op.cit.*; CE, 28 juil.1999, *E.M.A.P.*, n° 196859; CE, 29 sept.1999, *Syndicat de la presse périodique culturelle et scientifique*, n°186227 et 186356; CE, 29 sept.1999, *Documentation organique*, n°194317; CE, 28 févr.2000, *NATAF*, n°193122; CE, avis, 22 nov.2000, *Sté L&P Publicité SARL*, Rec.p.525, note M-C. Rouault, *AJDA*, 2001, p.198; note N. Charbit, *RDP*, 2001; CE, avis, 8 nov.2000, *Sté Jean-Louis Bernard Consultants*, Rec.p.492; CE 6 Juin 2001, *Commune de VANNES*, n°199674; CE, 10 avr. 2002, *SARL Somatour*, n°223100; CE, 29 juil.2002, *Sté CEGEDIM*, note S. Nicinski, *AJDA*, 2003, p.1072; note M. Bazex, S. Blazy, *DA*, 2002, comm. n°173; CAA, BORDEAUX, 18 févr.2003, *Cne de Bayonne*, note P. Quilichini, *AJDA*, 2003, p.1232; CE, 30 juil.2003, *Sté Caen distribution*, n°227838; CE, 29 sept.2003, *Fédération nationale des géomètres experts*, *AJDA*, 2004, p.167; CE, 30 oct.2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*, Rec.p.189; CE. Ord, 20 oct.2003, *Sté LD Com*, n°260477; CE. Ord, 19 janv.2004, *Sté T-Online France*, note S. Nicinski, *AJDA*, 2004, p.1476; CE, 15 oct.2003, *Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur*; CE, 30

jouxtent-ils les jurisprudences *Union hospitalière privée et autres*<sup>117</sup> et *Cie Nationale Air France c/ ADP*<sup>118</sup>. Les conclusions sous l'arrêt *EDA* rappellent par exemple: «*Nous croyons qu'il vous faut prendre garde à ne pas développer en jurisprudence administrative une conception par trop autonome du droit de la concurrence. S'il faut concilier la prise en considération du droit de la concurrence avec les autres intérêts publics dont l'administration a la charge, nous pensons que cette conciliation doit avoir lieu en aval et ne doit pas emprunter la voie d'une traduction administrative des concepts du droit de la concurrence*».

D'autres rapporteurs ne partagent pas ce point de vue. Dans ses conclusions sous l'arrêt *Cie Air France c/ ADP*, J. Arrighi de Casanova se démarque du raisonnement de M. Stahl. Il affirme, s'agissant du droit de la concurrence: «*(...) Quoi qu'il en soit, il reste que, en tout état de cause, l'invocation de ces textes ne peut, à notre sens, qu'être subsidiaire, comme le soulignent bien les conclusions de notre collègue Jacques-Henri Stahl sur l'arrêt Sté Hertz France (...)*»<sup>119</sup>. Au sein de la juridiction administrative certains sont donc partisans d'une stratégie qui joue le jeu de l'orthodoxie européenne en faisant appel au besoin, à l'expertise de l'Autorité de la concurrence. D'autres, en revanche, prennent parti pour une stratégie d'affranchissement par le biais du mécanisme de conciliation des principes. Ces deux approches participent à la construction prétorienne d'un droit public de la concurrence<sup>120</sup>. Les rapports publics sur *l'Intérêt général* d'une part, et *Collectivités publiques et droit de la concurrence* d'autre part, tentent de redonner une cohésion idéologique à cette nouvelle jurisprudence.

---

juin.2004 *Département de la Vendée, RJEP/CJEG*, n°614 nov.2004, p.487, concl. P. Collin; note S. Nicinski, *AJDA*, 2004 p.2210; CE, 20 oct.2004, *Sté BAYER PHARMA*, note M. Bazex, S. Blazy, *DA*, comm. n°26, 2005; CE, 26 janv.2007, *Syndicat professionnel de la géomatique*, n°276928

<sup>116</sup> CE, 9 avr.1999, *Sté The Coca-Cola company*, n° 201853, note M. Bazex, B. Thiry, *AJDA*, 1999, p.611; CE, 28 juil.1999, *Mlle Rosato et Sté des pompes funèbres libres*, n°199081

<sup>117</sup> *RFDA*, 1998, p.665; pour une position similaire: CE, 26 juin.1998, *Sté AXS Télécom et Sté Esprit Télécom France*, Rec.p.248; CE, 5 oct.1998, *Fédération française des pompes funèbres et autres*, n°193261 et 193359

<sup>118</sup> CE du 13 oct.1999, *Compagnie nationale Air France/ADP*, concl. J. Arrighi De Casanova, *AJDA*, janv.2000, p.86; dans le même sens: CE, 6 juin.2001, *Commune de Vannes*, Rec.p.256

<sup>119</sup> Concl. J. Arrighi De Casanova, *op.cit*; pour un raisonnement analogue: concl. S. Austry, CE, avis, 20 nov. 2000, *Sté L et P*, Rec. CE, 2000, p.526, *RFDA* 2001, p.872.

<sup>120</sup> Pour une appréciation sur cette construction prétorienne: M. BAZEX, «Le droit public de la concurrence», *RFDA*, 1998, p.781; M. BAZEX, «Le juge administratif et l'application du droit national et communautaire de la concurrence: contenu et spécificité», *RCC*, n°116, 2000, p.11-13; J. CAILLOSSE, «Le droit administratif saisi par la concurrence?», *AJDA*, 2000, p.99; S. NCINSKI, *Droit public de la concurrence op.cit*; G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006.



## B- Un nouveau contenu à la concurrence opposable aux personnes publiques

Afin d'asseoir les bases de ce nouveau droit public de la concurrence, le rapport public de 1999 met en scène l'idéologie qui s'y réfère<sup>121</sup>. Avec pour thème *l'Intérêt général*, il oppose une conception utilitariste portée sur la liberté individuelle et une représentation rationnelle des actions individuelles, à celle volontariste, dérivée de la tradition républicaine nationale. Selon cette dernière acception, la volonté collective transcende les intérêts du marché. Prenant ses distances de l'approche utilitariste qui ne conçoit la justification d'une action en société que sous le prisme de la recherche de «l'intérêt»<sup>122</sup>, le rapport prône une voie plus «riche», que l'on voit poindre déjà dans le rapport de 1994: celle de la conciliation entre la volonté collective et les intérêts utilitaristes du marché qui justifie amplement le nouvel office que s'arroge désormais le Conseil d'État: «*L'existence même d'un juge administratif, distinct du juge de droit commun, qui est le juge judiciaire, atteste de la fonction spécifique de l'intérêt général qui ne saurait être réduite à un simple compromis social entre intérêts divergents (...) L'existence d'un droit public et d'un État doté de son propre juge traduit en effet, la conviction que l'intérêt général ne saurait être entièrement servi par le droit privé, même si des procédés de droit privé peuvent se révéler conformes à l'intérêt général.*» La conception «utilitariste», assimilée par un raccourci facile à la pensée libérale, est celle qu'affiche le droit européen<sup>123</sup>.

Comme l'indique encore le rapport «(...) *la pensée libérale contemporaine n'est pas moins sévère à l'égard d'une représentation de l'intérêt général entendu comme l'intérêt de la société, distinct des intérêts de ses membres (...) Le phénomène s'est trouvé aggravé par la mise en cause de la légitimité de l'État, ainsi que sa capacité à faire prévaloir un véritable intérêt général (...) Ce concept est-il pour autant devenu caduc? Ne pourrait-on pas percevoir dans les évolutions en cours, accélérées par les effets de la construction européenne, l'esquisse d'une conciliation entre service public et marché, et au-delà, entre les deux approches traditionnelles de l'intérêt général?*»<sup>124</sup>

<sup>121</sup> Conseil d'Etat, rapport public 1999, *L'intérêt général*, Paris, La documentation française, 2000, p.245-442.

<sup>122</sup> Ce qui se traduit par une approche exclusivement «économique», Rapport, *op.cit.*, p.268.

<sup>123</sup> Sur l'utilitarisme on peut utilement se référer aux travaux suivant: H. L. A HART, *Essays on Bentham*, Oxford Univ Press, 1982; C. LAVAL, *Jeremy Bentham, le pouvoir des fictions*, PUF, 1994; J-P CLERO, «La réflexion benthamienne sur les mathématiques», *Rev. Synthèse*, n°4, 1998, p.447-484; G. TUSSEAU, *Jeremy Bentham et le droit constitutionnel, une approche de l'utilitarisme juridique*, Paris, L'Harmattan, 2001.

<sup>124</sup> Rapport *op.cit.*, p.245-246. De façon plus nette, on peut lire plus loin: «(...) *Le libéralisme contemporain confère une nouvelle formulation à la vision utilitariste, développée au XVIII<sup>e</sup> siècle, selon laquelle l'intérêt général peut trouver son compte dans la liberté qui est laissée à chacun de mobiliser ses initiatives et de donner libre cours à ses capacités créatrices. En conférant une place centrale à l'ouverture des marchés et au principe de libre concurrence, la construction européenne a fait sien, pour l'essentiel, cette démarche libérale, selon*

Le rapport revisite sur cette prémisse la jurisprudence de l'Union en démontrant que la Cour de justice n'est pas fermée, loin de là, à toute idée de conciliation entre concurrence et impératifs qui lui sont étrangers<sup>125</sup>. Le droit administratif est lui-même interprété comme n'ayant jamais entendu se soustraire à toute idée de concurrence<sup>126</sup> qu'exprime la formulation contemporaine d'un principe de «*libre concurrence*»<sup>127</sup>. Le rapport réécrit en fait la propre évolution idéologique du Conseil d'État, en gommant les oppositions passées avec le droit européen. Par ce nouveau récit, l'institution devient le trait d'union entre les valeurs du marché et celle de l'intérêt général. Ce rôle symbolique pose le Conseil d'État en acteur incontournable de l'interprétation du droit public de la concurrence.

Le rapport *Collectivités publiques et droit de la concurrence* parachève trois ans plus tard cette entreprise intellectuelle<sup>128</sup>. Il souligne le consensus qui se dégage autour de l'idée qu'il appartient à la puissance publique d'assumer la «*police des marchés*», que le libre jeu de l'offre et de la demande ne permet pas toujours d'assurer de façon naturelle et stable. La concurrence apparaît ainsi, en tant que garantie de la meilleure efficacité dans l'utilisation des ressources, être un élément de l'intérêt général. (...) L'ancrage aujourd'hui acquis du concept de service d'intérêt économique général dans les principes du traité est sans aucun doute de nature à dépassionner le débat et à éviter les crispations sur les positions idéologiques»<sup>129</sup>.

L'intérêt général éclaire autant qu'il donne un sens à la concurrence appliquée aux personnes publiques. En se faisant porte-parole de ces deux valeurs, le Conseil d'État devient légitime à redonner un contenu nouveau au droit public de la concurrence<sup>130</sup>. En ce sens, le rapport de 2002 fait montre d'une connaissance approfondie du maniement des catégories du

---

laquelle le marché, loin d'être antagoniste de l'intérêt général, peut activement y contribuer, notamment en permettant d'obtenir le prix compétitif pour une meilleure qualité de service. Le Traité de Rome impose, dès lors, l'application stricte des règles communautaire de concurrence à tous les acteurs économiques, y compris au services d'intérêt général (...) Plutôt que d'opposer intérêt général et marché, libéralisation et service public, il s'agit de rechercher, dans un contexte de libre concurrence, la prise en compte d'objectifs d'intérêt général, expression des valeurs de solidarité, de cohésion sociale, d'équilibre régional ou de protection de l'environnement. On retrouverait ainsi, dans un contexte renouvelé, l'objectif d'interdépendance sociale dans lequel Duguit voyait la raison d'être du service public.», in Rapport, *op.cit*, p.354-355.

<sup>125</sup> E. HONORAT, «La notion d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes», in Rapport, *op.cit*, p.387-396.

<sup>126</sup> Rapport, *op.cit*, p.346-352. La même position est soutenue par B. STIRN, «L'idée de concurrence dans le contentieux administratif: la pluralité des sources», *RCC*, n°116, 2000, p.8.

<sup>127</sup> CE, 1<sup>er</sup> avr.1998, *Union hospitalière privée*, *RFDA*, 1998, p.665, *op.cit*; CE, 28 mars.2001, *Fédération Nationale des Syndicats d'Agents Généraux d'Assurance*, n°155896

<sup>128</sup> Conseil d'Etat, rapport public 2002, *Collectivités publiques et droit de la concurrence*, Paris, La documentation Française, 2003.

<sup>129</sup> Rapport, *op.cit*, p.219; G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006.

<sup>130</sup> Rapport, *op.cit*, p.223-279.

droit européen. Il revient par exemple sur les concepts de subvention croisée, d'infrastructure essentielle, de qualification d'entente ou d'abus de position dominante<sup>131</sup>. Pour autant, lorsqu'une pratique est le fait d'un acte administratif, le rapport rappelle l'«*application du droit de la concurrence au même titre que les autres règles de droit*»<sup>132</sup>.

Cette première section a tenté, en mettant en exergue les différentes oppositions idéologiques, de retracer le récit de la stratégie du Conseil d'État dans la sauvegarde de sa compétence en matière d'interprétation du droit de la concurrence. Face aux rivalités qu'a suscitées le contentieux de la concurrence, la juridiction administrative a résisté pour conserver le monopole d'interprétation en matière d'opposabilité des règles de concurrence aux personnes publiques<sup>133</sup>. Devant les contraintes nationales et européennes, elle a soigneusement préparé et mis en scène la réception du droit de la concurrence dans le bloc de légalité administrative. Enfin, elle a entrepris une nouvelle mise en récit de ce revirement. Les approches devant cette métamorphose restent contrastées. Les uns entérinent la nouvelle façon de voir<sup>134</sup>; d'autres restent plus réservés<sup>135</sup>. Certains ne manquent pas de critiquer la solution de la décision *ville de Pamiers* qui est à l'origine des rivalités actuelles autour de

---

<sup>131</sup> M. GLAIS, «Facilités essentielles: de l'analyse économique au droit de la concurrence», in Rapport, *op.cit.*, p.403-423; K. LENAERTS, «Les services d'intérêt économique général et le droit de la concurrence», in Rapport, *op.cit.*, p.425-438; J-M. THOUVENIN, «Droit international et droit de la concurrence», Rapport *op.cit.*, p.445-457.

<sup>132</sup> Rapport, *op.cit.*, p.244

<sup>133</sup> G. BRAIBANT, «Le rôle du Conseil d'Etat dans l'élaboration du droit», in *Mélanges en l'honneur de R. Chapus*, Montchrestien 1992, p.91-102; G. BRAIBANT, «Monisme(s) ou dualisme(s)», *REDP*, n°2, 2000, p.371-381; R. PUIG, «Monisme ou dualisme du droit de l'administration et unité ou dualité de juridiction en matière administrative», *REDP*, n°2, 2000, p.427-457; F. RAYNAUD, «Monisme(s) ou dualisme(s)?», *REDP*, n°2, 2000, p.561-583; M-F. MAZERAS, «Le dualisme juridictionnel en 2005, point de vue d'un juge judiciaire», *AJDA*, 2005, p.1777-1781, D. LABETOULLE, «L'avenir du dualisme juridictionnel, point de vue d'un juge administratif», *AJDA*, 2005, p.1770-1776.

<sup>134</sup> B. STIRN, «Idée de concurrence dans le contentieux administratif: la pluralité des sources», *RCC*, n°116, 2000, p.8, *op.cit.*; S. NICINSKI, «Les évolutions récentes du droit administratif de la concurrence», *AJDA*, 2004, p.487; D. KATZ, *Juge administratif et droit de la concurrence*, PUAM, 2004; S. NICINKI, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2005; G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit administratif en économie de marché*, Dalloz, 2006; E. FATOME, A. MENEMIS, «Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques: éléments d'analyse», *AJDA*, 2006, p.67-73; A. ANTOINE, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, LGDJ, 2009; S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, Montchrestien, 2009.

<sup>135</sup> C. BRECHON-MOULENES, «La place du juge administratif dans le contentieux économique public», *AJDA*, *op.cit.*; L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'Etat*, Paris, PUF, coll. «Quadrige», 1992; P. DELVOLLE, «Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire», in *Mélanges en l'honneur de R. Chapus*, Paris, Montchrestien 1992, p.135-145; D. TRUCHET, «Fusionner les juridictions administrative et judiciaire», in *Mélanges J-M. Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p.335-345; M. BAZEX, «La polysémie de l'article 53», *CCC*, 1997, n°96, p.38-39; R. DRAGO, M-A FRISON-ROCHE, «Mystères et mirages des ordres de juridiction et de la justice administrative», *APD*, 1997, p.135-148; R. DRAGO, «La tenaille, réflexions sur l'état du droit administratif», in *Clés pour le siècle*, éd. Panthéon Assas, Dalloz, 2000, p.436-442; D. TRUCHET, «Le mythe de l'unification du contentieux de la concurrence», in *Mélanges en l'honneur de B. Jeanneau*, Dalloz 2002, p.539-553; L. IDOT, «Le règlement 1/2003: vers une fédéralisation, une communautarisation, ou une renationalisation du droit de la concurrence?», in *Etudes en l'honneur de J-C. Gautron*, Paris, A. Pedone 2004, p.117-135; D. TRUCHET, «Plaidoyer pour une cause perdue: la fin du dualisme juridictionnel», *AJDA*, 2005, p.1767-1770.

l'interprétation du droit public de la concurrence. Alors que la loi attribuait à l'Autorité de la concurrence la connaissance entière du droit de la concurrence, le conflit positif a été admis par le Tribunal des conflits<sup>136</sup>. Or ce cas d'ouverture n'est possible qu'à la condition qu'il n'existe pas de dispositions législatives expresses prévoyant une répartition contentieuse<sup>137</sup>. Les débats sur le droit public de la concurrence seraient donc fondés à la base sur un malentendu originel en ce qu'on a confondu le rôle du juge avec celui d'une autorité administrative. En dépit des nombreux arbitrages, le problème de répartition contentieuse en matière de droit de la concurrence rejaillit de manière cyclique. Il est la preuve que le monopole du Conseil d'État dans l'interprétation du droit public de la concurrence demeure un acquis fragile.

## ***Section 2: La persistance du conflit de compétence***

Par delà les débats idéologiques et les prises de position doctrinales, on peut se demander si les arbitrages répétés du Tribunal des conflits ont contribué à réduire les conflits de compétence en matière de droit de la concurrence. Nous formulerons l'hypothèse négative: loin de régler le conflit potentiel entre les deux ordres de juridictions, le Tribunal des conflits est, au mieux parvenu à le stabiliser, non le résoudre. La raison est simple: «service public», «prérogative de puissance publique» d'une part, «activité économique» d'autre part, sont antinomiques (§1). En conséquence, il paraît impossible de trouver une ligne de démarcation claire dans la répartition des compétences. C'est sans doute ce que rappelle encore l'état du droit positif en la matière: la persistance du conflit de compétence traduit le fait que la compétence du Conseil d'État reste contestée dans de nombreux domaines (§2).

### **Paragraphe 1: Essai d'explication de la persistance du conflit de compétence**

On pourrait croire depuis les jurisprudences *ville de Pamiers* et *Million et Marais*, que le Conseil d'État bénéficie sur le droit public de la concurrence, d'un monopole incontesté. À l'analyse, il n'en est rien (A). L'interprétation extensive des catégories utilisées pour identifier

---

<sup>136</sup> Loi n°87-499 du 6 juil.1987 transférant le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence à la juridiction judiciaire, JO, 7 juil.1987, p.7391.

<sup>137</sup> Y. GAUDEMET, «Conflit de compétence et droit de la concurrence sur une équivoque», in *Mel. Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs?* Dalloz, 1996, p.121-129.

la compétence des juges administratif et judiciaire entretient une rémanence conflictuelle entre ordres juridictionnels (B).

#### A- Le constat de la rémanence des conflits de compétence

Dès octobre 1999, le Tribunal des conflits est de nouveau amené à trancher la répartition de compétence entre les deux ordres de juridictions<sup>138</sup>. Le litige naît de pratiques mises en œuvre conjointement par *ADP* et le groupe *Air France*, suite à la décision de réorganisation des aéroports d'Orly Ouest et d'Orly Sud. Il a été décidé de regrouper les activités du groupe *Air France* à Orly Ouest et celle de sociétés concurrentes à Orly Sud. Cette décision entraîne, pour ces dernières, des pertes financières notables dans la mesure où leur précédente situation géographique détermine les profits qu'elles peuvent raisonnablement espérer en matière de fréquentation de clientèle et peut-être de réputation. Aussi, la société *TAT* s'estime-t-elle victime de pratiques discriminatoires, eu égard à la position dominante dont jouit *ADP* sur les dépendances dont il est affectataire. En ce sens, *TAT* saisit dès février 1996, l'Autorité de la concurrence d'une plainte à l'encontre d'*ADP* pour pratique anticoncurrentielle<sup>139</sup>.

Aux termes de sa décision, l'Autorité condamne respectivement *ADP* et *Air France*: les services d'assistance en escale et la fourniture d'installations aéroportuaires sont des activités «d'entreprise» soumises, en tant que telles, au droit de la concurrence. À la suite de quoi un déclinaoire de compétence est adressé devant la Cour d'appel de Paris. Sur le rejet de la Cour d'appel de Paris, le conflit est alors élevé. Le Tribunal se range derrière les arguments du rapporteur public. Le raisonnement s'inscrit dans le sillage de la jurisprudence *Ville de Pamiers*: «(...) Ce n'est pas parce qu'un acte peut avoir un effet sur le marché qu'il peut, pour cette raison, relever du contrôle du Conseil de la concurrence à moins de décider «tout simplement de supprimer le droit administratif» comme l'avait relevé avant votre décision le professeur Chapus dans une note sous l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 30 juin 1988»<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup> TC, 18 oct.1999, *Cie Nationale Air France, ADP/ TAT European Airline*, *AJDA*, 1999, p.996, concl. Schwartz, *CJEG*, 2000, p.18.

<sup>139</sup> Par ex: Déc. 98-D-77, du 15 déc.1998, *relative à des pratiques mises en œuvre par Aéroports de Paris dans le secteur de l'hôtellerie à la périphérie de l'aéroport de Paris Roissy Charles de Gaulle*, *BOCC*, 20 mars.1999, p. 101-106.

<sup>140</sup> Concl. R. Schwartz, *op.cit.*

Le rapporteur rappelle de jurisprudence constante, que le pouvoir de gestion domaniale relève de la compétence du juge administratif<sup>141</sup>. Les conclusions rejettent en ce sens la distinction entre les effets amont et aval opérée par l’Autorité de la concurrence. Sur la base des conclusions du rapporteur, le Tribunal décide qu’il convient de dissocier l’acte de réorganisation pris dans le cadre de prérogatives de puissance publique de la décision qui impose à *TAT* l’utilisation des services d’escales d’*ADP* et qui lui est détachable<sup>142</sup>. Peu claire, cette décision a fait l’objet d’une demande ultérieure de clarification, ce à quoi le juge des conflits s’est par la suite refusé<sup>143</sup>.

L’impossibilité à trouver un critère tranché de répartition contentieuse transparaît encore mieux dans la jurisprudence *Sté EDA*<sup>144</sup>. Aéroports de Paris (ci-après, *ADP*) obligeait, sur le domaine public dont il était affectataire, les sociétés de location de véhicules à présenter une offre conjointe sur les aéroports d’Orly et de Roissy Charles-De-Gaulle. L’une de ces sociétés de location, *EDA*, introduit un recours en vue d’annuler l’acte d’*ADP*. Au soutien de sa requête, *EDA* fait grief d’une violation du droit de la concurrence. De façon classique, le juge administratif se déclare compétent pour juger de la légalité de l’acte domanial litigieux.

Ce rappel n’est pas anodin dans un contexte où l’Autorité de concurrence, soutenue par la Cour d’appel de Paris puis la Cour de cassation, s’était aussi estimée compétente pour appliquer le droit de la concurrence sur le domaine public<sup>145</sup>. Une décision de la Commission européenne allait dans le même sens<sup>146</sup>. Dans les deux cas, il avait été décidé que l’acte

---

<sup>141</sup> CE, 29 janv.1932, *Sté des Autobus Antibois, S.*, 1932, III, p.65; CE, 16 nov.1956, *Sté Désaveines et Sté grandes Tuileries Perrusson et Desfontaines*, Rec.p. 440 et 441, note Waline, *RDP*, 1956, p.529; CE, 9 oct.1981, *Chambre de Commerce et d’Industrie de Toulon et du Var*, *AJDA*, 1981, p.579.

<sup>142</sup> On renverra à la critique de M. Bazex dans la note sous: TC, *ADP, Cie nationale Air France c/ TAT*, *AJDA*, 1999, p.1029; v. aussi: P. SARGOS, «Le droit de la concurrence gravement malmené», *Le Monde*, 15 déc.1999, p.17. Pour une discussion sur le critère de détachabilité: A. COLLIN-GOGUEL, «La compétence du Conseil de la concurrence face aux services publics: quelle place pour le critère de détachabilité?», *RCC*, n°126, 2002, p.35; G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006, p.264-284.

<sup>143</sup> TC. 23 juin.2003, *ADP*, n°3358

<sup>144</sup> CE, 26 mars.1999, *Sté EDA*, Rec.p.96, concl. J-H Stahl, *AJDA*, 1999, p.427, note M. Bazex.

<sup>145</sup> Déc. 98-MC-14 du 11 déc.1998, *Mesure conservatoire du 11 décembre 1998 relative à la situation de la concurrence sur le marché des locaux et espaces nécessaires aux activités des sociétés de location de véhicules sans chauffeur mis à leur disposition par la Chambre de commerce et d’industrie de Nice-Côte d’Azur*, BOCCRF, n°9 du 12 mai.1999; Déc. 98-D-77, du 15 déc.1998, *relative à des pratiques mises en œuvre par Aéroports de Paris dans le secteur de l’hôtellerie à la périphérie de l’aéroport de Paris Roissy Charles de Gaulle*, op.cit; CA Paris, sect. H, 8 févr.2000, *ADP c/ APHAR*; Cass.com, 7 janv.2004, *ADP c/ APHAR*, n°00-12.451, BOCCRF, du 14 avr.2004, p.299

<sup>146</sup> Déc. Commission, 11 juin.1998, *Alpha Flight Services c/ Aéroports de Paris*, JOCE, n° L 230 du 18 août. 1998; Déc. Commission, 14 janv.1998, *Flughafen Frankfurt/ Main AG*, JOCE, n° L 72 du 11 mars.1998; Déc. Commission, 21 mai.2003, *Deutsche Telekom*, JOUE, 14 oct.2003. Sans doute, est-ce pour cette raison que le rapporteur public se croit tenu de rappeler: «Quoi qu’en dise parfois le Conseil de la concurrence ou la Cour d’appel de Paris, par des formulations ambiguës qui méconnaissent en réalité l’autorité de ce qu’à jugé le Tribunal des Conflits, agir par voie d’actes administratifs, dans le cadre de prérogative de puissance publique aussi éminentes, ne constitue pas une activité de production, de distribution ou de services au sens de l’article

administratif n'était pas dissociable de l'activité de: «(...) *fourniture d'installations aéroportuaires*»<sup>147</sup>.

Avec l'arrêt *EDA* le juge administratif tente de reprendre la main sur cette question. Les conclusions du rapporteur public ne peuvent toutefois omettre de remarquer «*l'occupation du domaine public à des fins commerciales*»<sup>148</sup>. D'où cette démonstration du rapporteur public: «*admettre l'invocation des règles issues du droit de la concurrence ne reviendrait pas, dans notre esprit, à leur conférer une absolue primauté. La prise en considération des impératifs du libre jeu de la concurrence ne saurait faire disparaître les caractères essentiels de la domanialité publique et le primat des impératifs de bonne gestion et de conservation du domaine public*»<sup>149</sup>.

Selon J-H Stahl, plus le lien entre l'acte administratif et l'activité dans laquelle il s'insère est étroit, plus il convient d'appliquer rigoureusement les règles de concurrence sous réserve en l'espèce, des exigences de «*l'intérêt du domaine*». Si, en revanche, il n'existe entre l'acte administratif litigieux et les règles de concurrence, qu'un rapport lointain, alors il est possible d'en revenir à une application moins rigoureuse du droit de la concurrence<sup>150</sup>. La compétence du juge administratif n'en est pas moins contestable dans la mesure où l'existence d'une activité économique est reconnue sans que le juge décline pour autant sa compétence. Ce considérant de la jurisprudence *Sté EDA* en atteste: «*(...) s'il appartient à l'autorité affectataire de dépendance 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 les diverses règles, telles que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ou de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 (...) qu'il appartient alors au juge de l'excès de pouvoir (...) de s'assurer (...)*

---

*53 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986. L'appréciation de la légalité d'un tel acte, et l'appréciation de tous les aspects de sa légalité qui n'en sont pas séparables les uns des autres, relève exclusivement de la compétence de la juridiction administrative (...)*», in concl. R. Schwartz, *op.cit.*

<sup>147</sup> Par ex, CJCE, 20 mars.1985, *République Italienne c/ Commission*, aff. 41/83, Rec.1985, p.873; TPICE, 12 déc.2000, *ADP c/ Commission*, aff. T-128/98, Rec.2000, p.II-3929; CJCE, 24 déc.2002, *ADP c/ Commission*, aff. C-82/01, Rec.2002, p.I-9297, note N. Falcone, *RDUE*, 2002, n°4, p.857-859; note J-Y. Chérot, «L'identification par la Cour de justice des communautés européennes de l'activité économique au sens du droit de la concurrence», *AJDA*, 2003, p.437-442.

<sup>148</sup> Concl. R. Schwartz, *op.cit.*

<sup>149</sup> CE 2 juin.1972, *Fédération française des syndicats professionnels des pilotes maritimes*, Rec.p.407; CE, 16 nov.1956, *Sté Desaveine et Sté des Grands tuileries Perrusson et Desfontaines*, Rec.p.440-441. Pour une discussion sur ce thème: H. LEGAL, «L'impact du droit de la concurrence sur la gestion du patrimoine des personnes publiques», *AJDA*, 2007, p.949.

<sup>150</sup> Sur la question: S. NICINSKI, «Les évolutions du droit public de la concurrence», *AJDA*, 2004, p.751; S. NICINSKI, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2005; C. DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2004.

*de l'ensemble de ces principes et des ces règles et qu'ils en ont fait, en les combinant, une exacte application».*

De la même manière qu'en 1995, ces difficultés de répartition contentieuse sont prises comme autant d'arguments de réforme législative. Un projet de loi *Nouvelles régulations économiques*, transmis en première lecture au Sénat, comprend un article 40 bis formulé de la manière suivante: «*Le Conseil de la concurrence est compétent pour appliquer les règles définies au titre III à toutes les pratiques mises en œuvre par des collectivités ou des entreprises, publiques ou privées, ou des associations de collectivités ou d'entreprises, y compris les pratiques revêtant la forme d'un acte ou d'un contrat administratif dont la juridiction administrative est seule compétente pour apprécier la légalité, dès lors que de telles pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de fausser ou restreindre, directement ou indirectement, le jeu de la concurrence dans une activité de production, de distribution ou de service*»<sup>151</sup>. Dans la version définitive adoptée par le Sénat, un amendement est déposé contre cette disposition. Ceux qui, mobilisant une certaine doctrine, plaident pour une simplification contentieuse s'opposent à ceux qui s'appuient sur cette même doctrine dans le but de défendre l'indépendance du juge administratif dans l'application du droit de la concurrence.

Les premiers estiment toujours malgré la jurisprudence *Million et Marais* que le droit administratif maintient des zones d'immunités au profit d'un certain nombre de personnes publiques. Ajouté à la nécessité d'harmonisation avec le droit européen, cet argument plaide pour une unification contentieuse<sup>152</sup>. D'autres, au contraire, plaident pour le maintien d'un

---

<sup>151</sup> Loi transmise au Sénat, n°321, 1999-2000: <http://www.senat.fr/dossierleg/pjl99-321.html>; sur cette question: P. TERNEYRE, «La compétence du juge administratif», *AJDA*, 2000, p.697-705.

<sup>152</sup> «*Lorsqu'une pratique anticoncurrentielle est mise en oeuvre par un acte administratif (contrat ou décision prise dans le cadre d'une mission de service public en mettant en oeuvre des prérogatives de puissance publique), le Tribunal des conflits estime que le Conseil de la concurrence n'est pas compétent pour connaître de la pratique. Il juge en effet que seul le Conseil d'Etat peut apprécier la légalité d'un acte administratif mettant en oeuvre une prérogative exorbitante du droit commun et que, dès lors, le Conseil de la concurrence ne peut sanctionner la pratique anticoncurrentielle considérée comme indétachable de l'acte administratif. Cette solution est fortement critiquée par la doctrine (lire l'article de M. Sargos dans *Le Monde* ou du Pr. Bazex dans le numéro de l'*AJDA* du 20 décembre 1999) et elle l'a été implicitement par la Cour de Cassation dans l'affaire concernant la Ligue nationale de football. (...)Compte tenu du caractère extensif de la notion de service public en France (qui couvre des secteurs aussi variés que la santé, l'archéologie, le sport, les fourrières d'animaux, etc.), un très grand nombre de pratiques sont ainsi exclues du champ de compétence du Conseil de la concurrence.(...) Le Tribunal des Conflits dans ses interprétations de l'article 53 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 a introduit une confusion regrettable (mais volontaire) entre les notions de pratique et celle d'activité de l'entreprise (en estimant par exemple que la dévolution d'un marché ne constitue pas une activité de production, de distribution ou de service -voir l'arrêt ville de Pamiers- et que par voie de conséquence le Conseil de la concurrence ne pouvait examiner sous l'angle du droit de la concurrence un problème d'attribution de marché public). Dans d'autres cas il s'est appuyé sur une conception particulièrement large de la notion d'acte indétachable (par exemple en estimant que l'entente entre Aéroport de Paris et Air France était indétachable de*



système où le juge administratif garderait le monopole de définir un droit de la concurrence opposable aux personnes publiques<sup>153</sup>. Comme l'illustrent les interventions successives du Tribunal des conflits, les luttes autour de l'interprétation du droit public de la concurrence perdurent; et elles perdurent d'autant mieux que les catégories utilisées pour reconnaître la compétence de chaque ordre de juridiction font l'objet d'interprétation extensive.

## B- L'interprétation des critères de compétence à la source du conflit

Les conflits de répartition contentieuse en droit de la concurrence font écho à des divergences idéologiques plus profondes. Si chaque catégorie, qu'il s'agisse de «l'activité économique» ou d'une «prérogative de puissance publique», permet d'identifier la compétence d'un autre ordre sur l'autre, le problème est d'établir des critères susceptibles d'éviter que chaque ordre juridictionnel reconnaisse simultanément sa compétence sur une même activité.

Le conflit pourrait se résoudre en stipulant la primauté du droit européen sur le droit national: ce que le droit de l'Union qualifierait d'activité «d'entreprise» devrait être transposé de la même façon en droit national. Mais la primauté ne préjuge pas, dans un système de dualisme juridictionnel, lequel, de l'ordre administratif ou judiciaire, est compétent pour

---

*la décision administrative d'affectation du domaine public, laquelle échappait à la compétence du Conseil de la concurrence) in <http://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/>*

<sup>153</sup> Quant aux arguments contraires développés par le rapporteur P. Marini, ils sont les suivants: «*Mais si le juge administratif, reconnaissant que l'ordonnance de 1986 fait partie de la légalité administrative, a accueilli le droit de la concurrence parmi ses sources de droit, il se considérait, jusqu'à présent, comme seul compétent pour l'appliquer aux actes administratifs (arrêt Million et Marais du Conseil d'Etat du 3 novembre 1997). Ce droit n'est du reste qu'un élément parmi d'autres principes de valeur égale ou supérieure (nécessités du service public, liberté de commerce et de l'industrie) qu'il appartient au juge administratif d'appliquer. Dans son interprétation d'un arrêt récent du Conseil d'Etat (société EDA - 26 mars 1999), rendu après consultation du Conseil de la concurrence en vertu de l'article 26 de l'ordonnance précitée, la doctrine considère que la haute juridiction administrative se heurte à une tendance à la "judiciarisation" du contentieux des actes administratifs à contenu économique (...) On voit mal l'utilité de cet ajout aux dispositions, qui semblent suffisamment explicites, de l'actuel unique alinéa de l'article 53 de l'ordonnance. Par ailleurs, la jurisprudence "Million et Marais" paraît, de son côté, suffisamment claire et satisfaisante, tandis que l'arrêt "Société EDA" a montré que le Conseil d'Etat ne négligeait pas la possibilité que lui offre ainsi qu'aux autres juridictions, l'article 26 de l'ordonnance, de consulter le Conseil de la concurrence. Cette jurisprudence a été, en outre, été confirmée par une décision du Tribunal des Conflits (TC. 18 octobre 1999 - Préfecture région Ile-de-France) rendue à l'unanimité, avec l'accord, donc des magistrats de l'ordre judiciaire, membres de cette juridiction mixte. L'argument selon lequel il serait plus facile, pour le justiciable, d'en référer pour l'ensemble d'un dossier au Conseil de la concurrence ne tient pas. En effet, rien n'empêcherait une personne de déférer au juge administratif un contrat ou un acte dont les conséquences pourraient être par ailleurs appréciées par le Conseil de la concurrence, puis la Cour d'appel de Paris, avec la complexité et les risques de contradiction de jurisprudence qui en résulteraient. Au demeurant, cet article, s'il peut être interprété comme accroissant les compétences du Conseil de la concurrence dans le domaine du contrôle de la conformité au droit de la concurrence des actes et contrats administratifs, comporte le risque d'augmenter de façon inopportune sa charge de travail qui semble déjà très lourde par rapport aux moyens dont il dispose.*» in <http://www.senat.fr/rap/>

connaître du droit de la concurrence<sup>154</sup>. Le traité impose simplement une application effective des normes de l'Union. Les difficultés de répartition contentieuse prennent du coup une coloration purement interne. Et c'est bien là que les choses se compliquent dans la mesure où chaque interprète cherche à maintenir sa compétence d'attribution. Hormis l'intervention du Tribunal des conflits, aucun principe ne permet la résolution d'un conflit entre juges administratif et judiciaire.

Le désaccord ne provient pas de ce sur quoi tout un chacun semble s'accorder *a minima*: les activités régaliennes au sens strict; il naît de situations qui prêtent à confusion, en l'occurrence, d'activités où il paraît difficile de dissocier ce qui relève de la sphère concurrentielle et de la sphère publique. Précisément d'actes domaniaux, de tarification d'un service public ou des activités de personnes privées auxquelles sont déléguées des prérogatives de puissance publique<sup>155</sup>.

Déjà, en 1991, il avait été retiré à une titulaire d'occupation domaniale son titre au profit d'une entreprise concurrente. Saisie du litige, l'Autorité de la concurrence a décliné sa compétence. Une interprétation différente a été retenue par la Cour d'appel de Paris: «*les conventions par lesquelles la SNCF choisit les entreprises chargées de fournir les services s'incorporant à sa propre activité n'ont pas en elles-mêmes pour objet de fausser la concurrence sur les marchés spécifiques concernés*». La cour ajoute «*qu'en l'espèce il n'est pas soutenu que la convention litigieuse ait eu un quelconque effet sur la croissance*». Puis, plus loin, «*que la requérante ne peut soutenir que le non-renouvellement par la SNCF de la concession dont elle était attributaire constitue au sens de l'article 8-2 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 un abus de dépendance économique, dès lors qu'il lui est loisible de*

---

<sup>154</sup> TPICE, 3 juil.2007, *Au Lys France*, aff. T-458/04, pt.89, Rec.2007, p.II-71, note L. Idot, *Europe*, août/sept.2007, comm. n°220, p.27. Rappelons qu'en application du droit européen, l'ordre judiciaire s'est reconnu compétent pour opposer les règles de concurrence à un acte réglementaire: CA Paris, 7 févr.1994, *Sté C.M.S c/ France Télécom*, note L. Idot, *Europe*, avr.1994, comm. n°157; Cass.com, 6 mai.1996, *France Télécom c/ Sté C.M.S*, note M. Bazex, *AJDA*, 1996, p.1033. Cette position a par la suite été critiquée par le Tribunal des conflits: TC, 19 janv.1998, *Union française de l'express et autres c/ La Poste et autres*, n°3084

<sup>155</sup> Déc. 97-D-71, du 7 oct.1997, relative à une saisine présentée par les sociétés *Asics France, Uhlsport France, LJO International, Le Roc Sport, VIP France, Puma France, Mizuno France, ABM Sport France, W. Pabisch, Lotto France, Nike France et Noël France*, d'une part, et par la société *Reebok France*, d'autre part; à noter que l'arrêt de la Cour d'appel qui entérine la compétence de l'Autorité de la concurrence a été contesté trop tardivement par le Préfet, faute de quoi le conflit aurait une nouvelle fois été élevé: TC.15 nov.1999, *LNF et Adidas France*, n°3184; Déc. 97-D-92, du 16 déc.1997, relative à des pratiques mises en oeuvre par la régie municipale des pompes funèbres de Marseille; Déc. 98-MC-01, du 4 févr.1998, *Mesure conservatoire du 4 février 1998 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par Mme Salamon-Evrard*

*poursuivre la même activité dans tout autre local approprié et disponible sur le marché de la location d'immeuble à usage commercial»*<sup>156</sup>.

Les arbitrages successifs du Tribunal des conflits sont, dans ces conditions, amenés à perdurer. Si la décision rendue s'impose aux deux ordres juridictionnels, rien n'empêche par la suite chaque ordre de jouer sur les différentes significations des décisions du même Tribunal de façon opportune. Apprécier la détachabilité par «l'effet» de l'acte permet aisément de contourner la compétence de l'ordre administratif<sup>157</sup>. Si, au contraire, on raisonne par sa «nature», une interprétation restrictive du critère de détachabilité peut servir à maintenir hors du giron de l'ordre judiciaire l'acte examiné.

En résumé, il faut considérer que la persistance du conflit de compétence prend sa source dans au moins deux explications possibles. L'une vient de l'interprétation téléologique à laquelle se prêtent les catégories utilisées pour identifier la compétence de chaque ordre. L'autre vient du fait que rien n'empêche chacun des deux ordres d'instrumentaliser à son profit les arbitrages du Tribunal des conflits. Au mieux, ces derniers parviennent-ils à stabiliser pour un temps de nouveaux conflits potentiels. Ce qui revient à dire que les solutions du Tribunal des conflits ne peuvent qu'être ponctuelles; elles ne peuvent jamais empêcher l'absence totale de conflits dans des domaines où existent des oppositions de valeurs sur ce qui relève du contrôle du juge administratif ou de l'ordre judiciaire. C'est à partir de ces hypothèses qu'il faut lire l'évolution de la délimitation de compétence entre les deux ordres juridictionnels.

---

<sup>156</sup> CA Paris du 31 oct.1991, *Mme PAROUTY*, note V. Selinsky, *D.*, 1992, p.312; Déc. 90-MC-12, du 12 déc.1990, *Ecole de ski Snow Fun*, BOCCRF, 1990, n°26, p.452; Déc. 91-D-07, du 19 févr.1991, *relative à la situation de la concurrence dans le secteur de l'enseignement du ski*, BOCCRF, 1991, n°6, p.94; CA Paris, 26 sept.1991, *Syndicat local des moniteurs de l'école de ski français de la vallée de Méribel*, n°91/007646; CA Paris, 6 juil.1994, *Sté Total Réunion Comores, Elf Antar France et Esso*, BOCCRF, 1994, n°12, p.229, note L. Vogel, *CCC*, 1994, comm. n°195 et 197; CA Paris, 27 janv.1998, *EDF*, BOSP, n°2, 17 févr.1998, p.54; CA Paris, 23 déc.1991, *Sté la Cinq SA*, BOSP, n°3 du 24 janv.1992, p.42

<sup>157</sup> Déc. 98-D-77, du 15 déc.1998, BOCC 20 mars.1999, p. 101-106, *op.cit.*; CA Paris, 8 févr.2000, BOCCRF, n°3, 7 mars.2000; Cass.com. 7 janv.2004; Déc. 01-MC-02, *Mesure conservatoire du 1er juin 2001 relative à une saisine et demande de mesures conservatoires présentées par la Société Vedettes inter-îles vendéennes*; Cass.civ, 2 févr.1999, Bull. civ. I n°39 p.26; Cass.civ, 16 mai. 2000, *SEMMARIS*, BOSP, n°7, 22 juin.2000; Cass.com, 6 févr.2007, n°179, BOCCRF, n°4, 7 juin.2007, p.762; Cass.civ, 29 sept. 2004, *Syndicat National des producteurs d'électricité*, n° 1305; Déc. 03-D-33, du 3 juil.2003, *relative aux pratiques mises en œuvre par la régie municipale des pompes funèbres de Toulouse*. Pour une discussion sur ce point: S. NICINSKI, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2005, p.150.

## Paragraphe 2: La délimitation prétorienne des compétences d'attribution

Quelques observations découlent du primat selon lequel la jurisprudence du Tribunal des conflits stabilise, plus qu'elle ne résout, la répartition contentieuse en matière de droit de la concurrence. En premier lieu, l'invocation de la jurisprudence du Tribunal des conflits constitue généralement le prétexte d'une extension détournée de compétence juridictionnelle. Il en résulte en second lieu, que l'édiction d'un critère de répartition contentieuse n'empêche nullement la résurgence de désaccords entre interprètes. Si nombre de décisions témoignent du respect plus ou moins clair des critères posés par le Tribunal des conflits<sup>158</sup>, d'autres, en revanche, s'en écartent. Il convient ici de distinguer les cas dans lesquels la juridiction des conflits est amenée à intervenir (A), de ceux où l'Autorité de la concurrence s'immisce subrepticement dans la sphère de compétence du juge administratif et réciproquement (B).

---

<sup>158</sup> Pour une analyse de la question: F. LINDITCH, «Le Conseil de la concurrence et les contrats publics: rapport d'activité 2006», *CMP*, 2007, comm. n°11; F. LINDITCH, «Détachabilité et abus de position dominante dans le cadre de délégations de service public, retour sur l'affaire Corsica Ferries», *JCP A*, 29 oct.2007, comm. n°144, p.43-47; Cass.com, 6 mai.2000, *SEMMARIS*. S'agissant du respect de la jurisprudence du TC, on peut se référer à titre illustratif aux décisions suivantes: Déc. 02-D-73, du 10 déc.2002, *relative à des pratiques relevées dans le secteur de la location de véhicules sans chauffeur à l'aéroport St-Denis-Gillot (Réunion)*; CA Paris, 6 juin. 2000, *3CME/Mc Donald*; Déc. 01-D-78, du 26 déc.2001, *relative à des pratiques de l'INSEE concernant les conditions de commercialisation des informations issues du répertoire SIRENE*; Déc. 01-D-48, du 26 juil.2001, *relative à une saisine de l'Union fédérale des consommateurs de Cergy-Pontoise*; Déc. 01-MC-02, du 1<sup>er</sup> juin.2001, *Mesure conservatoire du 1er juin 2001 relative à une saisine et demande de mesures conservatoires présentées par la Société Vedettes inter-îles vendéennes*; Déc. 00-D-74, du 23 janv.2001, *relative à la situation de concurrence dans le secteur du matériel d'irrigation dans le périmètre concédé à la Compagnie Nationale d'Aménagement du Bas-Rhône et du Languedoc (CNARBRL)*; Déc. 05-D-60, du 8 nov.2005, *relative à des pratiques mises en œuvres par la congrégation cistercienne de l'Immaculée conception, la société Planaria, l'Etat et la commune de Cannes*, note G. Clamour *RLC*, 2007/10, n°34; Déc 03-D-72, du 30 déc.2003, *relative à une saisine de la société Cyclopharma Laboratoires à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société Cis Bio international sur le marché des produits radio pharmaceutiques*; Déc.05-D-23, du 18 mai.2005, *relative à la saisine de la société France Incendie*; Déc.03-D-13, du 11 mars.2003, *relative à une saisine de la SARL Produits Industriels Lorrains*; Déc.02-D-18, du 13 mars.2002, *relative à des pratiques de l'Etat et de l'Association pour les fouilles Archéologiques Nationales lors de la passation de marché des fouilles archéologiques préventives du chantier de modification de la route départementale Le Canet Perpignan*; Déc.04-D-02, du 10 févr.2004, *relative à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Germain environnement à l'encontre de l'ONF*; Déc.03-D-27, du 4 juin.2003, *relative à des pratiques de la maison de justice et du droit du quartier Saint Christophe de Cergy-Pontoise (Val d'Oise)*; Déc.03-D-56, du 9 déc.2003, *relative à une saisine de la société Sotradex*; Déc.07-D-27, du 31 juil.2007, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la formation professionnelle continue à destination des demandeurs d'emploi en région Picardie*; Déc.05-D-20, du 13 mai.2005 *relative à une saisine de la société le Casino du lac de la Magdeleine*; Déc.01-D-34, du 26 juin.2001, *relative à une saisine de la société JSS*; Déc.05-D-75, du 22 déc.2005, *relative à des pratiques mise en œuvre par la Monnaie de Paris*; Déc.00-D-42, du 20 sept.2000, *relative à une saisine de la société d'activités et de réalisation d'aménagements d'entrepôts et de locaux divers (SERAEL)*; Déc.08-D-18, du 30 juil.2008, *relative aux activités de remorquage par le port autonome du Havre et la société nouvelle de remorquage du Havre (SNRH)*; Cass.com, 6 févr.2007, *Sté Les Oliviers*, n°05.21948. CE, 20 avr.2005, *Régie départementale des transports de l'Ain et autres*, n°255417; CE, 21 oct.1998, *Union des Coopératives agricoles- Union laitière normande*, n°174803

## A- L'intervention du Tribunal des conflits

L'Autorité de la concurrence et le juge administratif peuvent être saisis de façon parallèle. Dans le cas où chaque ordre se déclarerait incompétent, l'intervention du Tribunal des conflits est inévitable. Ce premier cas de figure est, dans le contexte du droit de la concurrence, peu fréquent. En revanche, celui du conflit positif l'est moins: dans ce cas, c'est l'autorité administrative qui conteste la compétence du juge judiciaire. C'est là, une hypothèse classique de résolution contentieuse dont témoigne, après la jurisprudence *TAT*, une autre affaire semblable.

Dans une décision *Alpha Flight Services (AFS)* de 2007, le Tribunal des conflits juge qu'une pratique résultant de la fixation de redevances par une autorité publique, ressort du juge judiciaire. Suite à une décision de la Commission qui enjoignait à *ADP* de cesser certaines pratiques discriminatoires à l'encontre de sociétés prestataires d'assistance de service d'escale dont *AFS*, cette dernière a, devant le Tribunal de commerce de Paris, demandé réparation du préjudice subi. À la suite d'un déclinatoire de compétence, le Tribunal à sursis à statuer en attendant la décision du juge des conflits.

En dépit des conclusions contraires du rapporteur public, le Tribunal des conflits juge que les redevances perçues par *ADP* sont de nature commerciales. Le contentieux relève en conséquence de l'ordre judiciaire<sup>159</sup>. Une conclusion analogue figure dans une décision ultérieure relative aux éditions *GISSEROT*. En l'espèce, le litige porte sur un marché public de fournitures courantes à bon de commande qui lie le Centre des Monuments Nationaux (ci-après *CMN*) à un éditeur privé. L'établissement public commercialise, dans le cadre de ce marché, les livres des éditions *Gisserot*. Le litige naît de ce que l'engagement du *CMN* auprès de cet éditeur a sensiblement été modifié dans la mesure où la quantité des commandes déclinait. Afin de faire respecter la teneur de l'engagement du *CMN*, les éditions *Gisserot* saisissent le Tribunal administratif Paris en vue d'annuler le refus de commander certains articles supplémentaires. La juridiction administrative se déclare incompétente, estimant que le litige concerne «deux personnes morales [n'étant] pas au nombre de ceux relevant de la compétence du juge administratif».

La requérante se tourne alors vers l'Autorité de la concurrence dans le but d'obtenir le prononcé de sanctions. L'Autorité s'estime compétente sans pour autant traiter le litige sur le

---

<sup>159</sup> TC, 15 janv.2007, *Sté Alpha Flight Services c/ Aéroports de Paris, Préfet de la Région Ile de France*, n°3568, concl. I. Da Silva.

fond, faute d'éléments probatoires suffisants<sup>160</sup>. À la suite, un recours en annulation est introduit devant la Cour d'appel de Paris. Les juges du fond se déclarent compétents pour connaître du litige<sup>161</sup>. Le Cour rejette le déclinatoire qui lui est adressé et confirme la solution en ces termes: «(...) *considérant que, dans la mesure où elles effectuent des activités de production, de distribution ou de services, les personnes publiques peuvent être sanctionnées par le Conseil de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire; que seules les décisions par lesquelles ces personnes assurent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique relèvent de la compétence de la juridiction administrative pour en apprécier la légalité et, le cas échéant, pour statuer sur la mise en jeu de la responsabilité encourue par ces personnes publiques; qu'en l'espèce, le choix exercé par le C.M.N de commander aux ÉDITIONS JEAN-PAUL GISSEROT certaines de ses publications et non d'autres, excluant notamment les trois brochures à l'origine du litige, ne suppose la mise en œuvre d'aucune prérogative de puissance publique (...)*».

Le conflit est alors élevé. Tout en annulant l'arrêté de conflit, le Tribunal juge qu'en l'espèce le marché public en cause ne comporte pas l'exercice de prérogatives de puissance publique<sup>162</sup>. Cette nouvelle décision infléchit quelque peu les acquis de la jurisprudence TAT dans la mesure où elle élargit le champ de compétence de l'ordre judiciaire<sup>163</sup>. Ainsi, l'écueil de la qualification de contrat administratif au regard de la loi est-il contourné au motif que cette qualification «(...) *ne fait pas obstacle à la compétence du Conseil de la concurrence, sous le contrôle de la cour d'appel de Paris, pour statuer sur les litiges fondés sur l'invocation des pratiques anticoncurrentielles*»<sup>164</sup>. Comme l'illustrent les arrêts précédents, l'hypothèse de conflit positif est loin d'être théorique. Une seconde hypothèse, plus fréquente, existe dans laquelle chaque ordre de juridiction définit sa compétence sans que le Tribunal des conflits intervienne. Dans ce cas, les critères de répartition sont utilisés comme prétexte par l'un ou l'autre des ordres dans le but d'étendre ou de consolider leurs champs de compétence respectifs.

---

<sup>160</sup> Déc 08-D-08, du 29 avr.2008, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'édition et de la vente de monographies touristiques*

<sup>161</sup> CA Paris, 29 oct.2008, n°2008/09840 et 2008/12414, note S. Destours, *RLC*, 2009, n°18.

<sup>162</sup> TC 4 mai.2009, *Préfet de la région Ile de France, préfet de Paris c/ éditions Jean-Paul Gisserot*, n°3714, note M. Bazex, *DA*, n°11 nov.2009, comm. n°145; obs. G. Eckert, «Le droit de la concurrence à la recherche de ses juges», *AJDA*, 2009, p.1490.

<sup>163</sup> Ainsi que l'indique le commentaire du professeur G. Eckert: «Le droit de la concurrence à la recherche de ses juges», *AJDA*, *op.cit.*

<sup>164</sup> Loi n° 2001-1168, 11 déc. 2001 *MURCEF*. Remarquons encore que, contrairement à la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987, le Tribunal des conflits élargit la compétence de la juridiction administrative: «(...) *dans la mesure où elles s'exercent et sauf en ce qui concerne les décisions ou actes portant sur les services publics ou mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique, ces personnes publiques peuvent être sanctionnées par le Conseil de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire*».

## B- L'extension détournée de compétences d'attribution

Le cas le plus fréquent est celui où, en vertu de la répartition des compétences définie par le Tribunal des conflits, l'Autorité de la concurrence et à sa suite la Cour d'appel de Paris ou la Cour de cassation, se déclarent compétentes pour connaître d'un acte mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique. Interprètes de la jurisprudence du Tribunal des conflits, ces autorités posent une signification extensive du critère de détachabilité qui leur permet de se déclarer compétentes tout en maintenant de façon artificielle la séparation entre les deux ordres de juridictions<sup>165</sup>.

Si de nombreuses décisions s'en tiennent à l'autorité de la jurisprudence *TAT*<sup>166</sup>, d'autres se livrent à une interprétation plus extensive de la jurisprudence du Tribunal des conflits. À la suite de la décision *TAT*, la Cour de cassation jugeait par exemple, qu'un acte de gestion qui fait obligation aux entreprises de payer une redevance au gestionnaire du domaine, échappe à la compétence de l'Autorité de la concurrence. Le fait d'imposer sur le domaine public le paiement de redevances aux entreprises qui louent des distributeurs de boissons à des grossistes n'est pas détachable de l'exercice d'une prérogative puissance publique<sup>167</sup>.

Une position différente fut soutenue deux années plus tard par la même juridiction: «(...) *des actes de gestion du domaine public qui, parce qu'ils ne traduisent pas l'usage de telles prérogatives de puissance publique pour l'exercice d'une mission de service public ou la gestion du domaine public (...) ne bénéficient pas de cette immunité*»<sup>168</sup>. La pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence n'est pas de reste. Dans un litige où étaient en cause les actes de gestion pris dans le cadre d'une convention d'occupation domaniale qui lie

---

<sup>165</sup> Pour un point de vue sur cette question: J-J. MENEURET, *Le contentieux de la concurrence*, Université d'Auvergne/LGDJ, 2002, p.83-96.

<sup>166</sup> Cass.civ, 2 févr.1999, n°186, Bull.civ, I n°39, p.26; Cass.com, 16 mai.2000, *SEMMARIS*, BOSP, n°7, 22 juin.2000, p.331; Déc. 02-D-72, du 10 déc.2002, *relative à des pratiques mises en œuvre par l'établissement public Port autonome de Paris*; Cass.civ, 29 sept.2004, *Syndicat National des producteurs d'électricité*, *op.cit*; Déc. n°05-D-60, du 8 nov.2005, *Sté Trans Côte d'Azur*, note M. Malaurie-Vignal, CCC, 2005, com. n°204. C'est ainsi qu'il a été décidé que les pratiques mises en œuvre par la collectivité territoriale de Corse et l'office des transports de la Corse échappent à la compétence de l'Autorité en ce qu'elles ne sont pas «détachables» de prérogatives de puissance publique: Déc. 09-D-10, du 27 févr.2009, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent*; v. dans le même sens: Déc. n°09-D-35, du 25 nov.2009, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport médical d'urgence*. Pour une illustration récente, Déc. 10-D-23, du 23 juil.2010, *relative à des pratiques mises en œuvre par la caisse de la mutualité sociale agricole de la Gironde*; Déc. 10-D-24, du 28 juil.2010, *relative à des pratiques mises en œuvre par la Caisse Nationale des Allocations Familiales*. En comparaison: CE, 28 mai.2010, *Sté Enfenceconfiance*, n°328731, note G. Eckert, «Notion d'activité économique», *CCP*, n°8, août.2010, comm. n°268.

<sup>167</sup> Cass.com, 2 févr.1999, *op.cit*.

<sup>168</sup> Déc. 00-D-41, du 20 sept.2000, *relative à une saisine de la société Au Lys de France*; Cass.com, 19 nov.2002, *Sté Au Lys France*, BOCCRF, 29 sept.2003, p.531

le port autonome du Havre à une société manutentionnaire, l'Autorité se déclare compétente. Elle distingue pour ce faire, les redevances fixées de manière unilatérale et celles négociées<sup>169</sup> pour décider *«que ces redevances, par ailleurs, ne sont pas relatives à l'occupation du domaine public mais à l'utilisation d'outillages dans des conditions qui ne diffèrent en rien de celles qui peuvent se rencontrer lorsque deux opérateurs privés nouent des relations contractuelles pour l'utilisation temporaire d'une machine ou d'une installation; que, dans ces conditions, le Conseil de la concurrence est compétent pour connaître des pratiques tarifaires du port autonome du Havre alléguées dans la saisine»*<sup>170</sup>.

Prenant prétexte de la jurisprudence des conflits, ces raisonnements par prétérition aboutissent parfois à des distinctions fort complexes. C'est ce dont témoigne l'affaire de la régie des passages d'eau de la Vendée (ci-après *RDPEV*). Un concurrent de cette régie, la société *Vedette Inter-Iles Vendéennes* (ci-après *VIIV*) l'accusait de se livrer à des pratiques anticoncurrentielles dans la liaison maritime effectuée entre le continent et l'île d'Yeu. Plus exactement, de mettre en œuvre des prix inférieurs à ses coûts de revient, selon une stratégie prédatrice. Bien que le tarif pratiqué par la *RDPEV* soit fixé dans le cadre des missions de service public qui lui sont déléguées par le Conseil général de Vendée, l'Autorité s'estime compétente pour connaître du litige<sup>171</sup>.

Afin de justifier sa compétence, elle rend une interprétation pour le moins restrictive du critère de détachabilité: *«(...) qu'il n'apparaît pas que ces décisions et comportements soient liés directement ou indirectement à la mission de service public assignée à la Régie, qui est d'assurer la continuité territoriale entre le continent et l'île D'Yeu, et nécessitent la*

---

<sup>169</sup> Alors même qu'une telle distinction ne semblait pas être faite dans les décisions *Au Lys France* ou concernant le fichier «Sirene»: Déc.01-D-78 du 6 déc.2001, *relative à des pratiques de l'INSEE concernant les conditions de commercialisation du fichier SIRENE*; Déc.00-D-41 du 20 sept.2000, *relative à une saisine de la société Au Lys de France op.cit.*

<sup>170</sup> Déc. 02-D-15, 1<sup>er</sup> mars.2002, *relative à des pratiques relevées dans le secteur de la manutention des vrac solides au port autonome du Havre*. Dans le même sens: Déc 07-D-28, du 13 sept.2007, *relative à des pratiques mises en œuvre par le port autonome du Havre, la Compagnie industrielle des pondéreux du Havre, la Société havraise de gestion et de transport et la société Havre Manutention*. Dans le même ordre d'idées, l'Autorité n'hésite pas à sanctionner des entreprises qui se coordonnent pour l'obtention de marchés sur le domaine public: Déc. 10-D-13, du 15 avr.2010, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au Port du Havre*, note M. Bazex, *DA*, n°8, août 2010, comm. n°114.

<sup>171</sup> Comme l'indique M. Bazex: *«On avouera n'être pas parfaitement sûr de la compétence du Conseil de la concurrence pour connaître du problème, dans la mesure où les prix litigieux résultent d'un acte réglementaire de l'autorité publique, tout comme les dispositions réglementant les conditions d'accès aux installations portuaires dont le contentieux a été dévolu au juge administratif (V. CE, 30 juin 2004, ci-dessus cité). Il est d'ailleurs arrivé au juge administratif de connaître dans les mêmes conditions des prix fixés par un opérateur public (V. notamment CE, juil. 2002, Sté CEGEDIM: Dr. adm. 2002, comm. 173, avec notre note)», DA*, n°3, mars 2005, comm. n°33.



*mise en œuvre de prérogatives de puissance publique; que par suite, le Conseil peut être compétent pour en connaître»<sup>172</sup>.*

Saisie d'un recours, la Cour d'appel de Paris confirme l'interprétation: *«Considérant, cependant, que le fait que la Régie assure des obligations de service public confiées par le Conseil général de la Vendée n'implique pas que toutes ses activités relèvent par nature du service public; que tel n'est pas le cas des activités concurrentielles qu'elle assure d'avril à septembre; considérant que s'agissant des transports en vedette rapide assurés pour la période pendant laquelle existe une offre concurrente, la Régie n'exerce aucune prérogative de puissance publique en déterminant ses prix alors qu'il n'est pas contesté qu'elle a la liberté de les fixer (...)*»<sup>173</sup>. L'examen de la nature des coûts ainsi que la détermination de compétence de chaque ordre furent en l'espèce des plus délicats.

Devant la Cour d'appel, le ministre de l'Économie suggère de renvoyer à titre préjudiciel, l'affaire devant le Conseil d'État<sup>174</sup>. La Cour reconnaît elle-même que la délimitation du marché en cause *«(...) préalablement à toute définition d'une position dominante et à toute comparaison des prix prend, lorsque comme en l'espèce le concurrent accusé d'abus de position dominante est un service économique d'intérêt général, un relief particulier. Considérant qu'en effet, et à titre de remarque générale, le fait de fournir un service public crée une présomption de position dominante (...), qu'en somme, la segmentation du marché, démarche intellectuelle indispensable pour dessiner les contours d'un marché pertinent, prend une dimension spécifique en présence d'un S.I.E.G»<sup>175</sup>.*

La Cour prend acte de ce que la gestion de la Régie ne répond en rien d'un point de vue structurel, à celle d'une entreprise privée: *«Qu'ainsi, les calculs de coûts entre concurrents sont faussés d'emblée, les deux modes de gestion étant sans aucun rapport entre eux sur un plan économique et les données de la comptabilité d'un service public et de la*

---

<sup>172</sup> Déc. 04-D-79, du 23 déc.2004, relative à des pratiques mises en œuvre par la régie départementale des passages d'eau de la Vendée note M. Bazex, *op.cit.*

<sup>173</sup> CA, Paris, 28 juin.2005, RG, n°2005/01605; Cass.com, 17 juin.2008, n°X 05-17566: *«Mais attendu que l'arrêt retient que la régie est chargée d'une mission de service public consistant à transporter les marchandises et les passagers entre le continent et l'île d'Yeu, durant la totalité de l'année, que pendant la période d'avril à septembre, sa vedette rapide participe à cette mission de service public, que le fait que la régie assure des obligations de service public confiées par le Conseil général de la Vendée n'implique pas que toutes ses activités relèvent par nature de ce service public, et que s'agissant des transports en vedette rapide assurés pour la période pendant laquelle existe une offre concurrente la régie n'exerce aucune prérogative de puissance publique en déterminant librement ses prix; qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel qui n'a pas énoncé que la liaison maritime ne relevait pas du service public pendant les mois d'été, a exactement déduit que les activités concurrentielles que la régie assure d'avril à septembre ne relevaient pas de ce service public et que le litige ne ressortissait pas à la compétence du tribunal administratif; que le moyen n'est pas fondé (...)*»

<sup>174</sup> CA Paris, 9 juin.2009, n°2008/20337

<sup>175</sup> CA Paris, 9 juin.2009, *op.cit.*

*comptabilité d'une société commerciale n'étant nullement comparables, sinon de manière superficielle*». Pour autant, elle ne se déclare pas incompétente<sup>176</sup>.

La même ambiguïté s'illustre dans le litige qui oppose la Compagnie Maritime d'Iles d'Hyères (ci-après *CMIH*), à la Chambre de commerce et d'industrie du Var. Bien qu'elle s'estime incompétente, l'Autorité de la concurrence décide qu'elle ne dispose pas, s'agissant de l'accusation supposée de collusion entre la personne publique et les autres entreprises concurrentes, d'éléments probatoires suffisants, ce dont on peut déduire par un raisonnement *a contrario*, qu'une telle qualification aurait été envisageable quand bien même elle référerait à des actes administratifs.

Mieux encore, dans une décision *Bouc-Bel-Air*<sup>177</sup>, l'Autorité examine la légalité de clauses insérées dans différents contrats de travail qui empêchent la reprise par un autre concessionnaire de la gestion des services de la petite enfance d'une commune. Ce qui frappe, c'est précisément qu'avant de se prononcer sur le fond, l'Autorité se prononce sur la légalité de la délibération du conseil municipal qui autorise sa saisine. De toute évidence, elle s'érige en juge de la légalité administrative<sup>178</sup>.

Le flou de répartition contentieuse s'illustre à nouveau lorsque des personnes privées bénéficient de l'exercice de prérogatives de puissance publique. Si l'on délaisse les cas dans lesquels une association professionnelle est susceptible d'influencer le comportement de ses adhérents dans l'intention de modifier leurs stratégies concurrentielles<sup>179</sup>, il reste, ceux moins fréquents, où une association agit dans le cadre de prérogatives de puissance publique. Ainsi en est-il dans le domaine agricole en matière de quotas. De tels quotas dans le domaine de la fabrication du Cognac par exemple, sont avalisés par le ministre de l'Agriculture après proposition de certains organismes professionnels. Dans cette hypothèse où les acteurs économiques bénéficient de la protection bienveillante des pouvoirs publics, comment apprécier la pratique d'un organisme professionnel qui use de son pouvoir d'influence en vue

---

<sup>176</sup> La Cour de cassation vient récemment de censurer, à l'exception du grief d'incompétence, le raisonnement de la Cour d'appel de Paris: Cass.com, 13 juil.2010, *Sté Vedettes Inter-îles vendéennes*, n°Q. 09-67.439

<sup>177</sup> Déc. 06-MC-02, du 27 juin.2007, *relative à une demande de mesures conservatoires présentées par la commune de Bouc-Bel-Air*; un point de vue similaire apprécie l'examen de la légalité d'un arrêté de police au regard de pratiques déloyales: Cass.com, 13 nov.2003, n°1496, n°01-11.453

<sup>178</sup> La décision de l'Autorité de la concurrence se réfère expressément à l'arrêt: CE, 30 avr.2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement* pour invoquer le principe de «libre concurrence». Hormis la qualification de marché pertinent, il est simplement affirmé, à l'instar de certains arrêts de la jurisprudence administrative, que l'avenant signé est «susceptible d'être qualifié de pratique anticoncurrentielle au titre de l'article L. 420-2 du code de commerce: Déc. 06-MC-02 *op.cit.*, pt.54.

<sup>179</sup> Déc. 08-D-06, du 2 avr.2008 *relative à des consignes syndicales de dépassement des tarifs conventionnels par les médecins spécialistes de secteur I*; Déc. 91-D-43, du 22 oct.1991 *relative à des honoraires de chirurgiens exerçant dans les cliniques privées du Lot-et-Garonne*; Déc. 05-D-43, du 20 juil.2005 *relative à des pratiques mises en œuvre par le Conseil départemental de l'ordre national des chirurgiens-dentistes du Puy-de-Dôme et le Conseil National des Chirurgiens dentistes*; Cass.com, 20 févr.2007, n°352-F-D

d'avaliser un certain nombre de pratiques anticoncurrentielles? Par deux fois, l'Autorité de la concurrence s'est prononcée sur ce point. Une première fois, elle a jugé d'un manque d'éléments probatoires suffisants<sup>180</sup>; une seconde fois, elle s'est déclarée incompétente dans le cas où les recommandations d'un organisme professionnel sont approuvées par voie réglementaire. L'Autorité a néanmoins longuement rappelé la jurisprudence européenne qui interdit aux États membres de favoriser la mise en œuvre d'infractions anticoncurrentielles<sup>181</sup>. À tel point que l'on peut se demander si elle ne se prononce pas implicitement sur la légalité des actes en cause au regard du droit de la concurrence<sup>182</sup>.

Il en est de même de la légalité de pratiques mises en œuvre par des médecins conventionnés dont l'activité est régie par un arrêté ministériel. Le dépassement du tarif conventionné qui résulte d'un mot d'ordre de syndicats ou d'associations de médecins enfreint les dispositions de l'article L 420-1 selon l'Autorité<sup>183</sup>. Si les tarifs de médecins conventionnés restent en principe régis par des dispositions réglementaires, dès l'instant où le montant de ces tarifs conventionnels dépasse le seuil autorisé par l'arrêté ministériel, ils deviennent constitutifs de pratiques anticoncurrentielles. Les médecins agissent: *«sur le marché et que la hausse artificielle des honoraires qu'ils ont provoquée a perturbé la mise en concurrence par la qualité, inhérente au choix, stable, effectué par le patient en faveur d'un médecin et pour un prix anticipé»*.

La Cour d'appel ne partage pas ce point de vue: elle s'estime incompétente par le fait que le marché délimité en cause, celui du *«Secteur I»* n'est pas un marché concurrentiel. D'abord parce que les dépassements d'honoraires constatés le sont de façon exceptionnelle: l'arrêté érige la réglementation des tarifs en principe; ensuite, dans l'hypothèse où ces tarifs conventionnels font l'objet de dépassements fréquents, ils restent encadrés par les dispositions de l'arrêté ministériel mis en œuvre à cet égard. En conséquence, les pratiques qualifiées par l'Autorité d'anticoncurrentielles échappent à l'application du droit de la concurrence<sup>184</sup>.

---

<sup>180</sup> Déc. 06-D-21, du 21 juil.2006, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des eaux-de-vie de Cognac par le BNIC*; Déc.08-D-11, du 19 mai.2008, *relative à une saisine de la société Executive Relocations*. Sur cette question: J-B. AUBY, «L'interdiction de déléguer des pouvoirs d'intervention économique à des opérateurs privés», *DA*, 2003, comm n°2; L. IDOT, «Quelques réflexions sur l'application du droit communautaire de la concurrence aux ordres professionnels», *JTDE*, 1997, n°38, p.73.

<sup>181</sup> Déc. 06-D-21, du 21 juil.2006, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des eaux-de-vie de Cognac par le BNIC*; Déc. 07-D-10, *relative à une plainte à l'encontre du Comité Interprofessionnel du Gruyère de Comté*; Déc. 08-D-11, du 19 mai.2008, *relative à une saisine de la société Executive Relocations*. Ce cas de figure correspond encore à ce que le professeur Nicinski systématise comme étant un «acte administratif entérinant une pratique anticoncurrentielle», in *Droit public des affaires*, Montchrestien, 2009, p.246.

<sup>182</sup> Déc. 07-D-10 *op.cit.*, pt.78-80; Déc 08-D-11, du 11 mai. 2008, *op.cit.*

<sup>183</sup> Déc. 08-D-06 du 2 avr.2008, *relative à des consignes syndicales de dépassement des tarifs conventionnels par les médecins spécialistes de secteur I*, *op.cit.*

<sup>184</sup> CA Paris, 18 mars.2009, n°2008/08385

Le Conseil d'État n'est pas non plus étranger à l'instrumentalisation de la jurisprudence du Tribunal des conflits<sup>185</sup>. La Haute juridiction reconnaît par exemple sa compétence pour examiner une décision de la Fédération française de football (*FFF*) de conclure un contrat de parrainage avec un équipementier. Comme le note le professeur Bazex, cette décision aurait tout autant pu relever de la compétence du juge judiciaire. Il n'est pas sûr en effet, qu'elle s'intègre pleinement dans le cadre de prérogatives de puissance publique<sup>186</sup>. On peut considérer en ce sens que le parrainage est une décision détachable de prérogatives de puissance publique. C'est donc par une interprétation extensive que le Conseil d'État parvient à retenir en l'espèce sa compétence.

**Conclusion du chapitre 1.** On a montré dans ce premier chapitre de quelle manière le Conseil d'État a bataillé pour conserver le monopole d'interprétation du droit de la concurrence. Au-delà des luttes politiques rythmées par les arbitrages successifs du Tribunal des conflits, le juge administratif s'est posé en réconciliateur de la concurrence à des valeurs qui lui sont étrangères. Et cette mise en récit a justifié le rôle nouveau qu'il s'est attribué par la suite dans l'interprétation du droit public de la concurrence. On a montré ce faisant qu'il fallait se garder de considérer cette nouvelle justification comme allant de soi.

Au contraire, elle a été soigneusement construite et pensée dans le but de redonner une légitimité ainsi qu'une cohérence nouvelle à la jurisprudence administrative. L'analyse de cette dernière a montré l'ambiguïté qui s'y attache: l'interpréter exclusivement comme un signe d'allégeance au droit européen reste profondément discutable. Car le revirement opéré a aussi permis d'inféoder la concurrence à une certaine conception de l'intérêt général. Enfin, les luttes autour du monopole de l'interprétation du droit public de la concurrence perdurent. Moins grâce au manque d'effort du Tribunal des conflits qu'à cause de l'usage instrumental des critères posés par ce même tribunal.

De nombreux affrontements futurs sont à prévoir sur ce sujet en matière de contrôle de concentration. J-M Sauvé n'affirmait-il pas dans une allocution récente la nécessité de maintenir dans le giron du droit administratif ce pan de contentieux, en dépit des récentes réformes législatives<sup>187</sup>? Si le législateur a effectivement attribué à l'Autorité le contrôle des

---

<sup>185</sup> M. Bazex, A. Beaux, «Les interventions des fédérations sportives dans une but économique sont-elles nécessairement contraires à l'intérêt général?», *CCC*, mai.2006, comm. n°85, sous CE, 3 avr.2006, *Sté Nike european operations Netherlands BV*

<sup>186</sup> Cass.com, *Ligue Nationale de football*, 2 déc.1997, n°95-19.753, n 95-19.814, n 95-19.820

<sup>187</sup> J-M. SAUVE, *Les entretiens du Palais Royal, «Quels contrôles pour les concentrations d'entreprises? Bilan, actualité et perspective»*, Exposé introductif, 20 juin.2008, p.1-6; loi 2008-776 du 4 août.2008 *de modernisation de l'économie*, art.96.

concentrations, rien n'est dit par contre, sur la répartition contentieuse entre les deux ordres de juridictions. En effet, l'article R. 311-1-9 du Code de justice administrative attribue toujours au Conseil d'Etat la connaissance en premier et dernier ressort, des recours dirigés contre les décisions prise en matière de concentrations<sup>188</sup>. Faut-il, ici encore, s'attendre à de nouvelles batailles? La probabilité paraît grande. Que l'idéologie qui anime la jurisprudence de l'ordre administratif diffère de celle du droit européen est une chose; comprendre de quelle manière se met en œuvre cette divergence en est une autre. C'est ce thème qu'abordent les développements qui suivent. Si le chapitre premier s'est appesanti sur les idéologies, le second met davantage l'accent sur les modes d'interprétation qui permettent de justifier la position du Conseil d'État.

---

<sup>188</sup> On peut se référer utilement sur ce point au commentaire du professeur Bazex sous l'arrêt *Fiducial Expertise*, *DA*, n°1, janv.2010, comm. n°1.

## Chapitre 2: Mise en œuvre pratique de la politique du Conseil d'Etat

L'opposabilité, technique de contrôle de la légalité d'un acte administratif au regard du droit de la concurrence, a été considérée, peu après l'arrêt *Million et Marais*, comme la «marque de fabrique» de la jurisprudence administrative: elle constitue le moyen de concilier la «concurrence» et les nécessités de l'«intérêt général»<sup>1</sup>. Par «l'opposabilité», c'est-à-dire la justification d'une application indirecte du droit de la concurrence aux personnes publiques généralement sous forme de principes, le droit administratif retrouve l'exorbitance et la légitimité politique qu'il semblait un temps avoir perdues lors du passage à l'économie de marché<sup>2</sup>. La consécration de la «*libre concurrence*», de «*l'égale concurrence*», des «*principes issus de l'ordonnance de 1986*», parfois en combinaison avec la «*liberté du commerce et de l'industrie*», révèle à suffisance ce glissement paradigmatique du ralliement à l'économie de marché.

Le présent chapitre s'inscrit en faux de l'idée selon laquelle l'originalité de la jurisprudence du Conseil d'État tiendrait à des spécificités juridiques<sup>3</sup>. En premier lieu parce que d'autres interprètes que le Conseil d'État définissent eux aussi à leur niveau une technique d'opposabilité. En second lieu, le discours du juge administratif apparaît singulier parce qu'il est lui-même le reflet de conceptions politiques particulières. Derrière l'apparente similitude des arguments, se cachent en effet de redoutables enjeux politiques.

À vrai dire, le terme d'opposabilité, si l'on entend par là la conciliation du droit de la concurrence et des nécessités de l'action publique, ne doit pas être compris comme inhérent à l'interprétation du seul droit administratif. D'autres interprètes que le juge administratif font eux aussi usage de cette technique. La Cour de cassation et l'Autorité de la concurrence par exemple. La Cour de justice de l'Union européenne de même<sup>4</sup>. Il semble difficile, au risque de paraître incomplet, de prétendre que «l'opposabilité», entendue comme la conciliation du droit de la concurrence à des nécessités qui lui sont étrangères, serait propre à la jurisprudence du Conseil d'État.

---

<sup>1</sup> G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006.

<sup>2</sup> Voir développements supra Chapitre 1.

<sup>3</sup> M. BAZEX, «Le «droit public de la concurrence», mythe ou réalité», *CCC*, juil.2007, p.1-2.

<sup>4</sup> J-B. BLAISE, «L'utilisation de la règle de raison en droit interne de la concurrence», in *Mél. en l'honneur de C. Champaud*, *op.cit.*, p.85-99; J. MERTENS De WILMARS, «Intégration européenne et correction des mécanismes du marché. Un modèle économique et social européen», in *Mél. en l'honneur de C. Champaud*, Dalloz, 1997, p.557-579.

Sans doute, est-ce finalement la manière dont se construit de façon prétorienne cette «opposabilité», de même que le sens que l'on attribue aux principes qui en résultent, qui diffèrent entre interprètes nationaux et européens. Il est fait référence à la «*libre concurrence*» ou «*la liberté du commerce et de l'industrie*» par d'autres interprètes que le juge administratif. Seulement, l'usage de ces principes par chacun de ces discours fait naître des divergences entre interprètes: le terrain de la technique juridique ne permet pas d'expliquer la singularité de la jurisprudence du Conseil d'État<sup>5</sup>. Cette proposition n'est valable qu'à la condition de comparer ce qui reste comparable: c'est-à-dire les cas dans lesquels tous les différents interprètes évoqués se prononcent sur l'application du droit de la concurrence aux personnes publiques.

Une telle comparaison permet de comprendre, derrière l'usage d'un vocabulaire commun, la différence des valeurs qu'il recèle. Le juge administratif ne partage pas le réductionnisme du droit européen en matière d'intervention concurrentielle des personnes publiques. Là se situe l'essentiel du problème: l'opposabilité permet de réintroduire une certaine idée d'exorbitance<sup>6</sup>. La juridiction administrative ne refuse pas systématiquement de se conformer au droit européen<sup>7</sup>: elle le fait généralement par le biais de «l'expertise» de l'Autorité de la concurrence ou, plus indirectement, en s'inspirant des décisions ou avis de cette dernière. Différentes stratégies sont mobilisées selon les cas.

Il faut donc plus précisément situer le cadre de notre propos: il n'a pas pour ambition de produire des développements sur la question de l'articulation hiérarchique entre différents principes généraux de droit public économique ou même d'interroger leur valeur, question qui a déjà fait l'objet d'études fructueuses par ailleurs<sup>8</sup>. Il interroge plutôt dans un premier temps le champ de l'opposabilité: est-il propre à la jurisprudence administrative? (Section 1) Sinon, il convient d'en tirer les conséquences en montrant que la spécificité du droit administratif en

---

<sup>5</sup> C. BLUMAN, «La soumission de principe des organismes du secteur public aux règles de concurrence», in G. DRAGO, M. LOMBARD, *Les libertés économiques*, ed. Panthéon-Assas, 2003, p.106-112.

<sup>6</sup> S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, Montchrestien, 2009, p.253-256.

<sup>7</sup> CE. ass., 24 mars.2006, *Sté KPMG*, n°288460, note G. Clamour, «Une autre facette de l'arrêt KPMG: l'effet utile du droit communautaire de la concurrence», *RLC*, 2006, n°9, p.60-61.

<sup>8</sup> Y. GAUDEMET, «La liberté d'entreprendre», *RDS*, 1986, p.372; M. LOMBARD, «A propos de la liberté de la concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés», *D*, 1994, p.163-169; D. TRUCHET, «Les personnes publiques disposent-elles en droit français de la liberté d'entreprendre?», *D. aff.*, 1996, n°24, p.731; P. DELVOLVE, *Droit public de l'économie*, Dalloz, «Précis», 1998; S. DESTOURS, *La Soumission des personnes publiques au droit interne de la concurrence*, Litec, 2000; G. ECKERT, «L'égalité de la concurrence entre opérateurs publics et privés sur un marché», in *Mel. en l'honneur de J. Waline*, Dalloz, 2002, p.207; G. DRAGO, M. LOMBARD, *Les libertés économiques*, ed. Panthéon-Assas, 2003, *op.cit.*; J-Y. CHEROT, «Nouvelles observations sur la régulation par le Conseil d'Etat de la concurrence entre personnes publiques et personnes privées», in *Mélanges en l'honneur de F. Moderne*, Dalloz, 2004, p.87; D. LINOTTE, «Existe-t-il un principe général du droit à la libre concurrence?», *AJDA*, 2005, p.1549; G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006, *op.cit.*

matière de droit public de la concurrence réside avant tout dans une vision politique concurrente de celle d'autres interprètes. Le juge légitime le point de vue qui est le sien. Autrement dit, si originalité il y a, ce n'est pas sur le terrain de la technique juridique qu'il faut la rechercher, mais sur des prises de positions politiques différentes que ne font finalement que traduire les différents discours des interprètes (Section 2).

### ***Section 1: Le recours aux principes généraux: raisons et usages politiques***

*Liberté du commerce et de l'industrie, libre concurrence et égale concurrence, liberté économique, effet utile*: ce sont là énumérées autant de normes qui réfèrent à l'usage de «principes» dégagés par les juges et censées contrôler l'action des personnes publiques en droit de la concurrence<sup>9</sup>. La première question qui se pose est de savoir pourquoi il semble plus aisé de contrôler l'action des personnes publiques à partir de principes abstraits. C'est un premier point qu'il convient d'élucider. Un second point, qui en découle, interroge les différents discours des juridictions tant européennes que nationales pour se rendre compte que l'utilisation de principes généraux comme technique de contrôle de la légalité des actions des personnes publiques sur un marché n'est pas propre au juge administratif: on la retrouve aussi devant l'ordre judiciaire et de façon plus anecdotique, devant l'Autorité de la concurrence lorsqu'elle formule des avis portant sur la légalité administrative. Dans un premier temps, il s'agira d'explorer les raisons qui président à l'usage de principes généraux. Le droit européen servira de trame à cette réflexion (§1). On montrera dans un second temps comment se construit en droit interne l'idée d'opposabilité à travers les discours de la Cour de cassation et de l'Autorité de la concurrence (§2).

#### **Paragraphe 1: L'opposabilité du point de vue du droit européen**

On pourrait croire que le droit européen est étranger à l'usage de principes généraux en droit de la concurrence. Cette proposition est fautive comme l'illustre l'usage d'un principe de

---

<sup>9</sup> Sur les principes: B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 1954; R. CHAPUS, «De la soumission au droit des règlements autonomes», *D*, 1960, chron, p.119; R. CHAPUS, «De la valeur juridique des principes généraux du droit et autres règles jurisprudentielles», *D*, 1966, chron, p.99; A-S. MESCHERIAKOFF, «La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente», *AJDA*, 1976, p.596; S. CAUDAL, *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008; E. UNTERMAIER, *Les règles générales en droit public français*, Thèse, Univ.Lyon III, 2009.



libre concurrence (A). Mais plus encore, comme en droit administratif, c'est parce que les personnes publiques posent des actes qui, par nature, diffèrent des pratiques d'entreprises, que la Cour crée de façon prétorienne une norme d'effet utile qui leur est opposable (B).

#### A- La «*libre concurrence*» comme moyen de protéger le marché

Quelques préalables terminologiques s'avèrent nécessaires pour aborder cette première étape. Nous définirons d'abord le «principe» comme une norme, c'est-à-dire comme l'acte de volonté d'une autorité habilitée à faire œuvre d'interprète. Cet acte de volonté n'émane pas, comme souvent, de l'entremise d'un texte de loi, mais résulte d'une construction prétorienne du juge lui-même<sup>10</sup>. La norme ainsi créée lui permet d'opérer un contrôle sur une norme hiérarchiquement inférieure. Le juge européen use d'un principe de «*libre concurrence*» dans le but de protéger l'exercice de la concurrence<sup>11</sup>. Il fait aussi usage de principes tels que la «*liberté économique*» afin de réaffirmer la prégnance d'un certain modèle de concurrence<sup>12</sup>.

La liberté économique<sup>13</sup> exprime l'idée qu'une entreprise en position dominante ne peut, de quelque façon que ce soit, entraver la liberté d'action ou le consentement d'une entreprise plus modeste<sup>14</sup>. Elle a été la marque d'une idéologie d'inspiration ordolibérale du fonctionnement de la concurrence dont l'objectif était de maintenir une certaine égalité et loyauté dans les transactions commerciales<sup>15</sup>.

Plus fréquemment, la Cour de justice se réfère à la *libre concurrence*. Ce principe est invoqué par exemple lorsqu'une entreprise se prévaut de la règle *non bis in idem* dans le but d'en écarter l'application, au motif qu'elle aurait déjà été infligée dans un ordre juridique étranger. L'invocation de la *libre concurrence* sert ici de justification aux sanctions infligées par la Commission sur le territoire de la Communauté, nonobstant celles infligées dans un

---

<sup>10</sup> P. BRUNET, «Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes», in *Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica 2006, p.207-221.

<sup>11</sup> CJCE, 21 mai.1987, *Albako*, aff.C-249/85, Rec.1987, p.2345, note M-C. Boutard-Labarde, *JCP G*, 1988, II-20935.

<sup>12</sup> V. sur le principe de «libre exercice des activités professionnelles», l'interprétation suggérée par P. Pescatore rapprochant cette liberté de celle du «commerce», in F. PICOD, «Les libertés économiques et la pluralité des juges: juge communautaire, juge administratif et juge judiciaire», in G. DRAGO, M. LOMBARD, *Les libertés économiques*, op.cit, p.153-161.

<sup>13</sup> CJCE, 8 juin.1971, *Deutsche Grammophon*, aff.78/70, Rec.1971, p.487; Déc. Commission, 18 juin.1969, *Christiani & Nielsen*, 69/195/CEE, JO, n° L 165 du 5 juil. 1969, p.12

<sup>14</sup> CJCE, 21 févr.1984, *Hasselbad (G.B) limited c/ Commission*, aff. 86/82, Rec.1984, p.883; Déc. Commission, 6 févr.1982, *AEG Telefunken*, 86/267/CEE, JO, n° L117 du 30 avr.1982, p.15-18; Déc. Commission, 6 août.1984, *Zinc Producer Group*, 84/405/CEE, JO, n° L220 du 17 août.1984, p.27-45; Déc. Commission, du 11 juil.1983, *Windsurfing International*, JO, n° L 229 du 20 août.1983, p.1-21; Déc. Commission, 20 juil.1988, *Iveco-Ford*, 88/469/CEE, JO, n° L 230 du 19 août.1988, p.39-46; Déc. Commission, 13 déc.1985, *Droit d'obtention: roses*, 85/561/CEE, JO, n° L 369 du 31 déc.1985, p.9-18

<sup>15</sup> V. Chap. 1 P.1 infra.

État tiers<sup>16</sup>. Par là, la Cour rappelle l'indépendance politique de l'ordre juridique européen. Il est aussi fait usage du principe dans le contentieux des infrastructures essentielles, lorsque la Cour met en balance la «*protection de la libre concurrence*», l'exercice du droit de propriété intellectuelle avec «*la liberté d'initiative économique*»<sup>17</sup>. Il en est de même dans le cas où le principe de «*libre concurrence*» prime une disposition nationale contraire s'agissant de l'utilisation abusive d'un droit exclusif<sup>18</sup>. Dans le même ordre d'idées, la qualification d'infraction complexe et plus précisément son imputation au regard de l'article 101 TFUE, est appréciée tant à l'aune du risque d'affectation du marché que de la violation de la «*libre concurrence*»<sup>19</sup>. L'évaluation du calcul des amendes infligées au regard de l'article 85 du traité de Rome va dans le même sens<sup>20</sup>.

Sans doute y a-t-il lieu d'observer que la mise en œuvre du principe par la Cour diffère quelque peu de celle opérée par le Conseil d'État<sup>21</sup>: le juge administratif fait usage de la *libre concurrence* pour la concilier à l'*intérêt général*. Cette conciliation autorise, à la différence du droit européen, nombre d'exceptions aux règles du marché<sup>22</sup>. Par contraste, le principe de *libre concurrence* est utilisé par la Cour dans le but de protéger ou de sauvegarder l'application des articles 101 et 102 TFUE<sup>23</sup>. Ceci étant, le droit européen n'exclut pas tout tempérament à l'application des règles de concurrence.

On note plus rarement, une décision dans laquelle il tempère directement la libre concurrence avec des objectifs qui lui sont étrangers. Ainsi en est-il de l'analyse de l'effet économique et social d'une concentration contestée devant le Tribunal par des représentants

---

<sup>16</sup> CJCE, 10 mai. 2007, *SGL Carbon AG c/ Commission*, aff. C-328/05 P, concl J. Mazàk présentées le 18 janv.2007, Rec. 2007, p.I-03921; CJCE, 29 juin.2006, *Showa Denko c/ Commission*, aff. C-289/04 P, Rec.2006, p.I-5859; CJCE, 18 mai.2006, *Archer Daniels Midlands c/ Commission*, aff. C-397/03 P, Rec. 2006, p.I-4429; concl. A.Tizzano, présentées le 7 juin.2005, note L. Idot, *Europe*, juil.2006, comm. n°217, p.24.

<sup>17</sup> CJCE, 29 avr.2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG c/ NDC Health GmbH & Co.KG*, aff.C-418/01, Rec.2004 p.I-05039, concl. A. Tizzano, 2 oct.2003, pt.62.

<sup>18</sup> CJCE, 6 avr.1995, *RTE, ITP c/ Commission*, aff.jtes, C-241/91 P et C-242/91 P, Rec. 1995 p. I-00743

<sup>19</sup> CJCE, 7 janv.2004, *Aalborg Portland c/ Commission*, aff.jtes C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, Rec. 2004 p.I-00123; CJCE, 4 juin.2009, *T-Mobile Netherlands BV*, aff. C-8/08, Rec.2009, p.I-4529, concl. J. Kokott, présentées le 19 févr.2009.

<sup>20</sup> CJCE, 11 juil.1989, *SC Belasco et autres c/ Commission européenne*, aff. 246/86, Rec.1989 p.2117; CJCE, 9 nov.1983, *Michelin c/ Commission*, aff. C-322/81, Rec.1983, p.3461

<sup>21</sup> CE, 10 avr.2002, *SARL Somatour*, n°223100. Bien que le Conseil d'Etat ait aussi recours à la norme «d'effet utile». En ce sens: CE, 12 juin.1996, *Sté Christ et Fils*, n°115937, Rec.p.223; CE, 30 avr.2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*, n°230804, Rec.p.189, note P. Subra de Bieusses, *AJDA*, 2003, p.1849; CE, 25 nov. 2002, *Syndicat des industries de matériels audiovisuels électroniques*, n°229447, Rec. p.719; CE, 16 juin.2004, *Mutuelle générale des services publics et autres*, *AJDA*, 2004; note N. Charbit, *RLC*, nov.2004, p.63; note S. Destours, *DA*, oct.2004, comm n°140; concl. Stahl, *BJDCP*, 2004, p.367.

<sup>22</sup> V. développements infra.

<sup>23</sup> CE, 16 janv.2002, *Syndicat national des entreprises de coiffure et d'esthétique à domicile*, n°223859; CE, 29 sept.1999, *Syndicat de la presse périodique culturelle et scientifique*, n°186227 et n°186346; CE, 7 juil.2000, *FFSA*, n°198564, Rec.p.873

du personnel. Après avoir reconnu l'intérêt à agir de ces représentants, le Tribunal juge que: «la priorité accordée à l'instauration d'un régime de libre concurrence peut, dans certains cas, être conciliée, dans le cadre de l'appréciation de la compatibilité d'une opération de concentration avec le marché commun, avec la prise en considération des incidences sociales de cette opération, lorsque celles-ci sont de nature à porter atteinte aux objectifs sociaux visés à l'article 2 du traité. La Commission peut ainsi être conduite à vérifier si l'opération de concentration est susceptible d'avoir des répercussions, même indirectes, sur la situation des salariés dans les entreprises concernées, de nature à affecter le niveau ou les conditions d'emploi dans la Communauté ou une partie substantielle de celle-ci»<sup>24</sup>. Les dérogations existent aussi grâce notamment à l'usage prétorien de la norme dite d'«effet utile».

#### B- L'opposabilité du droit de la concurrence aux personnes publiques par le biais de la norme «d'effet utile»

Il va de soi que les articles 101 et 102 TFUE sont, en principe, censés ne pas s'adresser aux États membres, mais aux «entreprises». L'effet utile, norme dégagée de façon prétorienne par la Cour de justice, s'adresse aux États membres et vise, pour reprendre les termes de l'avocat général Cosmas, «à protéger la libre concurrence»<sup>25</sup>. Ce mode d'opposabilité qui n'est prévu par aucun texte a été défini par la Cour. Toutefois, la protection de la libre concurrence qu'exerce la Cour sur les réglementations étatiques souffre un certain nombre de tempéraments. Ces exceptions ne sont que le pendant de l'obligation négative mise à la charge des États membres. Examinons dans un premier temps, les raisons de cette construction prétorienne (a), puis les exceptions qui en découlent, afin d'illustrer le fait que la Cour de justice procède elle aussi à des tempéraments dans la protection de la *libre concurrence* (b).

---

<sup>24</sup> TPI, 27 avr.1995, *Comité central d'entreprise de la société générale des grandes sources et autres c/ Commission*, aff.T-96/92, Rec.1995, p.II-1213, note M-A. Hermitte chron, *JDI*, 1996, p.514-516; note D. Simon, chron, *JDI*, 1996, p.474-476.

<sup>25</sup> Concl. Cosmas, 13 mai.1997, sur l'affaire *France c/ Ladbrooke Racing*, aff. C-359/95, 379/95 P, Rec. p.I-6288. Pour une analyse de l'effet utile dans la jurisprudence de la Cour: M. WAELBROECK, «Les rapports entre les règles de libre circulation des marchandises et les règles de libre concurrence applicables aux entreprises de la CEE», in *Liber Amicorum P. Pescatore*, Baden-Baden, 1987, Nomos Verlagsgesellschaft, p.781-803.

a- L'effet utile comme norme

L'effet utile se dégage dès 1977 avec l'arrêt *Inno*<sup>26</sup>. Sur le modèle de la jurisprudence en matière de libre circulation des marchandises et des services, la Cour juge qu'une législation nationale ne doit pas avoir pour effet de favoriser la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles. En l'espèce, le litige porte sur les dispositions d'une loi belge en matière de tabacs manufacturés, qui imposent aux détaillants de se conformer, lors de la vente de ce produit, aux prix inscrits sur la bandelette fiscale. La détermination du prix, fixé par le fabricant ou l'importateur, oblige en pratique à s'en référer à l'administration ou aux entreprises nationales pour en déterminer le montant. Après avoir rappelé, dans la ligne de la jurisprudence *Dassonville*, qu'en vue de préserver le marché unique, il convient de sanctionner «*toute réglementation nationale entravant directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire*»<sup>27</sup>, la Cour crée par une lecture combinée des articles 85 et 86 du traité de Rome, une obligation à la charge des États membres.

Pour preuve, la Cour ne sanctionne pas, dans l'arrêt *Inno*, le comportement des entités requérantes (*ATAB*): au contraire, elle crée, à la charge des États membres, des obligations qu'elle fait dériver d'une part de l'article 3f) du traité de Rome: («*Aux fins énoncés à l'article 2, l'action de la Communauté comporte, dans les conditions et selon les rythmes prévus par le présent traité: (...) un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur*») et, d'autre part, l'article 5 al.2 du Traité de Rome: («*Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité*»).

À partir de ces deux énoncés de portée générale, la Cour juge que la mise en place d'un régime de concurrence non faussé oblige les États à ne pas édicter de législations à l'encontre des règles du traité. En effet, pour juger une loi contraire au droit de la concurrence, la Cour n'applique pas directement les articles 85 et 86 à la législation en cause. Elle ne pourrait que difficilement justifier une telle application directe: une loi ou un acte

---

<sup>26</sup> CJCE, 16 nov.1977, *Inno/ATAB*, aff.C-13/77, Rec.1977, p.2115. Il convient d'indiquer que le contrôle des législations nationales au regard de l'article 85 avait déjà été opéré avec l'arrêt *Suiker Unie e.a c/ Commission* de 1975, v. aussi: CJCE, 21 sept.1988, *Van Eycke*, aff.C-267/86, Rec. p. 4769, pt.16, CJCE, 17 nov.1993, *Reiff*, aff.C-185/91, Rec.p.I-5801, pt.14, CJCE, 9 juin 1994, *Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft*, aff.C-153/93, Rec.p.I-2517, pt.14.

<sup>27</sup> CJCE, 11 juil.1974, *Dassonville*, aff. C-8/74, Rec.1974, p.837, pt.28; CJCE, 24 janv. 1978, *Van Tiggele*, aff. C-82/77, Rec.p.25; CJCE, 29 nov. 1983, *Roussel*, aff. C-181/82, Rec.p.3849; CJCE, 7 févr.1984, *Duphar*, aff. C-238/82, Rec.p.523

réglementaire ne constituent pas un comportement d'entreprise. Pour être qualifié d'anticoncurrentiel au regard des articles 85 et 86, le comportement suppose une action, des preuves qui attestent qu'une entreprise use de moyens illégaux: rien de tel n'existe s'agissant d'un acte législatif ou réglementaire, dans la mesure où ils constituent des actes de portée générale et impersonnelle.

L'arrêt *Inno* indique alors une façon de procéder: il faut raisonner par «l'effet» et, par un raisonnement téléologique, donner une finalité aux articles 85 et 86 du traité de Rome à l'aune des articles 3f) et 5 al.2. Cette finalité, que la Cour détermine souverainement, fait obligation aux États membres de ne pas porter atteinte au fonctionnement de la concurrence. La justification présuppose, comme on le voit, un modèle de fonctionnement normal de la concurrence que la loi ou le règlement ne peuvent avoir pour effet de perturber. Par quelle représentation préalable du fonctionnement de la concurrence peut-on vérifier ce point précis? La Cour, même si elle ne le dit pas expressément, présuppose un fonctionnement concurrentiel dans lequel l'égalité formelle entre concurrents doit être maintenue<sup>28</sup>; aussi, dès qu'une loi ou un règlement s'applique aux échanges, importe-t-il de savoir si la disposition ne rompt pas de manière flagrante cette égalité supposée. Cette obligation de neutralité mise à la charge des autorités publiques nationales est interprétée de façon stricte. S'agissant de principes généraux, la Cour a par la suite tenté d'en systématiser l'application.

Dans le sillage des conclusions de l'avocat général Tesouro, sur les affaires *Meng* et *Orha*<sup>29</sup>, il est possible de présenter deux possibilités où opposer le respect de «l'effet utile» des règles de concurrence aux personnes publiques. L'une reconnaît la qualification «d'effet utile» lorsqu'existe un lien direct entre le comportement d'une entreprise et une mesure étatique. L'autre, plus extensive, oppose la qualification «d'effet utile» à une mesure étatique dans l'hypothèse où des pouvoirs réglementaires sont délégués à des opérateurs privés<sup>30</sup>. Ce

---

<sup>28</sup> Pour une approche similaire: CE, 4 déc.1959, *Groupement national des fabricants régionaux d'aliments complets du bétail et autres*, Rec.p.647; CE, ass.21 oct.1966, *Sté Graciet*, AJDA, 1967, concl. Baudoin; CE, 29 juin.1951, *Syndicat de la raffinerie du soufre française*, Rec.p.377; CE, 23 mars.1956, *Sté Léon Claeyes*, Rec.p.134; CE, 9 juil.1958, *Gisquet*, Rec.p.420; CE, 8 oct.1958, *Sté CENPA et autres*, Rec.p.472

<sup>29</sup> Conclusions, G. Tesouro, 14 juil.1993, Rec.p.I-5773-5790

<sup>30</sup> CJCE, 10 janv.1985, *Prix du livre*, aff. C-229/83, Rec.1985, p.1; CJCE, 17 mars.1993, *Meng, Orha*, aff C-2/91, Rec.1993, p.I-5751; aff.C-245/91, Rec.1993, p.I-5851, note L. Cartou, *LPA*, 1994, n°53, p.27-28; note L. Idot, *Europe*, janv.1994, comm. n°28, p.17-18; CJCE, 1<sup>er</sup> oct.1987, *VVR*, aff. C-311/85, Rec.p.3801; CJCE, 30 avr.1986, *Nouvelles frontières*, aff. 209 à 213/84, Rec. p.1425; CJCE, 3 déc.1987, *BNIC c/ Aubert*, aff. C-136/86, Rec.1987, p.4789; CJCE, 18 juin.1998, *Corsica Ferries*, aff. C-266/96, Rec.1998, p.I-3949; CJCE, 9 sept.2003, *CIF*, aff. C-198/01, Rec.2003, p.I-8055; CJCE, 13 mars.2008, *Ionais Doulamis*, aff. C-446/05, Rec.2008, p.I-1377, note L. Idot, *Europe* 2008, comm. n°158, p.17; note A-L. Sibony, *JTDE*, 2008, n°150, p.173-175; CJCE, 18 oct.1979, *Buyts*, aff. C-5/79, Rec.p.3203; CJCE, 5 avr.1984, *Van de Haar*, aff.jtes, 177 et 178/82, Rec.p.1797; CJCE, 2 juil.1987, *Lefèvre*, aff.C-188/86, Rec.p.2963; CJCE, 11 avr.1989, *Ahmed Saeed*, aff. C-66/86, Rec.p.4789; CJCE, 1 juil.2008, *Motosyklistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c/ Elliniko Dimosio*, aff. 49/07, Rec.2008, p.I-4863

sont là, décrits schématiquement les deux possibilités par lesquelles il est possible d'opposer le respect de «l'effet utile» des règles de concurrence aux personnes publiques<sup>31</sup>.

Cela étant, la Cour a tendance à réfréner cette seconde interprétation plus extensive. Elle préfère se cantonner à l'hypothèse où le lien entre la mesure étatique et le comportement d'entreprise est clairement et objectivement établi<sup>32</sup>. On se souvient à cet égard de la jurisprudence du Tribunal qui voulut, à la différence de la Cour, imputer directement aux entreprises, et non aux autorités publiques, la violation des articles 101 et 102 TFUE. Le litige portait sur une disposition nationale elle-même contraire aux obligations mises à la charge des États membres de ne pas porter atteinte à *l'effet utile* des règles de concurrence<sup>33</sup>. Plus généralement, l'interprétation du Tribunal aboutissait à opérer un contrôle systématique de toute mesure étatique<sup>34</sup>; ce rigorisme n'a pas été suivi par la Cour<sup>35</sup>.

On le voit, l'obligation qui découle de l'effet utile pourrait aisément se reformuler dans un principe d'égalité de concurrence<sup>36</sup>. L'argument conforte l'idée de départ selon laquelle le décalage entre juges européen et administratif est moins à rechercher dans l'existence de principes communs que dans leurs usages. L'examen des dérogations qu'opère la Cour à l'égard de la *libre concurrence* en est l'exemple topique: toute réglementation nationale en lien avec un comportement d'entreprise n'est pas systématiquement jugée illégale au regard de la jurisprudence *Inno*.

---

<sup>31</sup> V. par ex, CJCE, 10 janv.1985, *Prix du livre*, aff. C-229/83, Rec.1985, p.1; CJCE, 17 mars.1993, *Meng, Orha*, aff. C-2/91, Rec.1993, p.I-5751 et aff. C-245/91, Rec.1993, p.I-5851; CJCE, 1<sup>er</sup> oct.1987, *VVR*, aff. C-311/85, Rec.p.3801; CJCE, 30 avr.1986, *Nouvelles frontières*, aff. 209 à 213/84, Rec.p.1425; CJCE, 3 déc.1987, *BNIC c/ Aubert*, aff. C-136/86, Rec.1987, p.4789; CJCE, 18 juin.1998, *Corsica Ferries*, aff. C-266/96, Rec.1998, p.I-3949; CJCE, 9 sept.2003, *CIF*, aff. C-198/01, Rec.2003, p.I-8055; CJCE, 13 mars.2008, *Ionais Doulamis*, aff.C-446/05, Rec.2008, p.I-01377; CJCE, 18 oct.1979, *Buys*, aff. C-5/79, Rec.p.3203; CJCE, 5 avr.1984, *Van de Haar*, aff.jtes, 177 et 178/82, Rec.p.1797; CJCE, 2 juil.1987, *Lefèvre*, aff.C-188/86, Rec.p.2963; CJCE, 11 avr.1989, *Ahmed Saeed*, aff. C-66/86, Rec.p.4789.

<sup>32</sup> CJCE, 29 janv.1985, *Cullet c/ Leclerc*, aff. C-231/83, Rec.1985, p.305; CJCE, 23 mai.2000, *FFAD*, aff. C-209/98, Rec.2000, p.I-1741; TPICE, 18 sept.1996, *Asia Motor France SA c/ Commission*, aff. T-387/94, Rec.1996, p.II-961. Dans le même ordre d'idées, il est reconnu de jurisprudence constante que les articles 5 al.2 et 10 ne peuvent être lus de manière autonome dans la qualification de l'obligation imputée à la charge des Etats membres: CJCE, 11 mars.1982, *Compagnie de l'ouest e.a.*, aff. C-78/90 à C-83/90, Rec.p.I-1847, pt.19; CJCE, 23 mai.2000, *FFAD*, *op.cit.*

<sup>33</sup> TPI, 18 sept.1994, *Ladbroke Racing Ltd c/ Commission des Communautés européennes* aff. T-548/93, Rec.1995, p.II-2565.

<sup>34</sup> Pour un exposé détaillé sur cette question: S. MARTINEZ LAGE, «The application of Article 85 and 86 EC to the conduct of undertakings that are complying with national legislation», in *Mélanges en l'honneur de Michel Waelbroeck*, 1999, Bruylant, T.II, p.1247-1295.

<sup>35</sup> CJCE, 17 oct.1995, *DIP SpA contre Comune di Bassano del Grappa, LIDL Italia Srl contre Comune di Chioggia et Lingral Srl contre Comune di Chioggia*, aff.jtes, aff.C-140/94, C-141/94 et C-142/94, Rec.1995, p.I-3257, note D. Simon, *Europe*, déc.1995, comm. n°426, p.11.

<sup>36</sup> Sur cette question, v., L. Di QUAL, «Le principe d'égalité en matière de dirigisme économique», in *Etudes E. Giraud*, 1966, p.131-145.

b- Les tempéraments au principe, révélateurs d'une conciliation entre d'autres intérêts que ceux relatifs à la protection de la concurrence

Nombreuses sont les exceptions à la jurisprudence *Inno*. Tel est le cas d'une réglementation nationale de blocage des prix soumise elle-même à la législation européenne dans le cadre d'une organisation commune de marché. La Cour juge qu'il n'est pas porté atteinte à *l'effet utile* qui découle des articles 85 et 5 du traité de Rome<sup>37</sup>. Les règles spéciales qui régissent les dispositions du règlement dérogent au droit commun de la concurrence. Afin de disposer d'une marge d'appréciation plus large dans l'appréciation de législations nationales qui ne sont pas directement en lien avec un comportement anticoncurrentiel d'entreprise, mais qui n'en favorisent pas moins sa réalisation (fixation uniforme de tarifs, blocage de prix ou régime de prix minima), la Cour se place sur le terrain des libertés de circulations<sup>38</sup>. Celui-ci permet en effet d'opérer un contrôle de proportionnalité des objectifs de la législation examinée en y apportant, au besoin, un certain nombre de dérogations grâce aux *raisons* ou «*exigences impérieuses d'intérêt général*».

Tel est encore le cas lorsque la Cour juge que le droit européen ne s'oppose pas à une réglementation qui instaure un monopole territorial d'insémination artificielle, dont l'exercice n'est possible qu'après une autorisation administrative<sup>39</sup>. Dans le même ordre d'idées, une réglementation qui fixe un plafond dans la vente en détail de produits pétroliers n'est pas incompatible avec l'effet utile qui dérive des articles 85 et 86 du traité de Rome: «*L'article 5, en combinaison avec les articles 3, sous f), et 85 du traité, n'interdit pas aux États membres de régler la fixation des ventes au détail d'une marchandise de la manière prévue par la réglementation au principal(...)*»<sup>40</sup>. Cela n'empêche pas la Cour de sanctionner ladite législation sur le terrain de la libre circulation des marchandises. Dans toutes ces hypothèses, le contentieux des libertés de circulation est utilisé par la Cour, en ce qu'il permet de temporiser l'application des règles de concurrence. La position de la Cour est claire: elle évite

---

<sup>37</sup> CJCE, 18 oct.1979, *Buys*, aff. C-5/79, Rec.1979, p.3203

<sup>38</sup> F. PICOD, «Les libertés économiques et la pluralité des juges: juge communautaire, juge administratif et juge judiciaire», *op.cit.*

<sup>39</sup> CJCE, 28 juin.1983, *Société coopérative d'amélioration de l'élevage et d'insémination artificielle du Béarn c/ Lucien J.M. Mialocq et autres*, aff. C-271/81, Rec.1983, p.2057, note M. Bazex, *RTDE*, 1984, p.516-521; CJCE, 7 déc.1995, *Procédure pénale c/ Denis Gervais, Jean-Louis Nougaillon, et autres*, aff. C-17/94, Rec.1995, p.I-4353; CJCE, 5 oct.1994, *Sté civile agricole du Centre d'insémination de la Crespelle c/ Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle de la Mayenne*, aff. C-323/93, Rec.1994, p.I-5077, note F. Gazi, D. Simon, *Europe*, déc.1994, comm. n°460, p.10-11; note L. Idot, *Europe*, déc.1994, comm. n°474, p.18.

<sup>40</sup> CJCE, 29 janv.1985, *Cullet c/ Leclerc*, *op.cit.*

de faire une interprétation extensive du respect de *l'effet utile*; d'un autre côté, elle essaie de tempérer la rigueur d'une telle obligation.

Un nouveau développement s'amorce depuis quelques années: dans certaines affaires, la Cour crée une forme de «règle de raison» sans plus passer par le biais des libertés de circulation pour tempérer l'opposabilité du droit de la concurrence<sup>41</sup>. Ceci se traduit de deux manières: d'une part, la Cour tempère l'opposabilité des règles de concurrence en se plaçant sur le terrain de *l'effet utile*; d'autre part, sans passer par le biais de l'opposabilité, crée de façon prétorienne règle de raison dans l'application des articles 101 et 102. Caractéristique de la première tendance est l'examen d'une mesure étatique qui délègue à des opérateurs privés un certain nombre de pouvoirs réglementaires<sup>42</sup>. Ainsi, l'attribution à une organisation professionnelle d'avocat, d'élaborer un «*projet de tarif de prestation ne prive pas automatiquement le tarif finalement établi de son caractère de réglementation étatique*»<sup>43</sup>. La qualification de mesure étatique n'est sanctionnée que si la décision de l'organisme professionnel constitue une décision d'association d'entreprise ou si, tout en étant qualifiée d'association d'entreprise, l'Etat ne renonce pas à exercer son pouvoir de décision en dernier ressort.

C'est ce que traduisent les conclusions de l'avocat général Léger dans l'affaire *Arduino*: «*À cet égard, nous pensons que votre Cour pourrait retenir trois critères d'appréciation. Votre Cour pourrait considérer qu'une mesure législative ou réglementaire qui renforce les effets d'une entente est compatible avec les articles 5 et 85 du traité à condition que: (1) les autorités publiques de l'État membre concerné exercent un contrôle effectif sur le contenu de l'entente; (2) la mesure étatique poursuive un but légitime d'intérêt général, et (3) la mesure étatique soit proportionnée par rapport au but qu'elle poursuit*»<sup>44</sup>. Un raisonnement similaire est tenu dans l'arrêt *Wouters*<sup>45</sup>. À propos du contrôle de la légalité des décisions d'un ordre professionnel d'avocat néerlandais d'interdire toute collaboration avec la profession des experts-comptables, la Cour crée une «règle de raison» dans le but de

---

<sup>41</sup> V. développements supra.

<sup>42</sup> CJCE, 17 nov.1993, *Reiff*, aff.C-185/91, Rec.p.I-5801, pt.22; CJCE, *Bundesrepublik Deutschland c/Delta Schiffahrts*, aff. C-153/93, Rec.1994, p.I-2517, pt.21; CJCE, 5 oct.1995, *Centro Servizi Spediporto Srl c/ Spedizioni Marittima del Golfo Srl*, aff.C-96/94, Rec.1995, p.I-2883, note C. Leroy, *RTDE*, 2001, p.49-61; note D. Simon, *Europe*, déc.1995, comm. n°413, p.6.

<sup>43</sup> CJCE, 19 févr.2002, *Arduino*, aff. C-35/99, Rec.2002, p.I-1529

<sup>44</sup> Conclusions P. Leger, 10 juil.2001, pt.91, Rec. 2002, p.I-1529

<sup>45</sup> CJCE, 19 févr.2002, *Wouters*, aff. C-309/99, Rec.2002, p.I-1577; note L. Idot, «Avocats et droit de la concurrence: la rencontre a eu lieu», *Europe*, 2002, n°5, p.5-8; note S. Poillot-Peruzzeto, *CCC*, 2002, n°64, p.38; note C. Prieto, *JDI*, 2002, n°2, p.599. V. aussi, M-D. HAGELSTEEN, «Les professions libérales et le droit de la concurrence», *DA*, 2006, n°3, p.6.



justifier que les sanctions prises par ledit ordre ne contreviennent pas au droit de la concurrence.

À côté de cette première tendance en existe une seconde qu'illustre l'affaire du *Centre d'insémination de la Crespelle*. Saisie de l'examen de la légalité des articles 5, 86, 90§1, 30 et 36 du traité de Rome au regard d'une législation nationale, la Cour juge que l'octroi d'un droit exclusif au sens des dispositions de l'article 90§1 ne peut être qualifié d'anticoncurrentiel en soi, sans qu'il ne soit imputé d'abus au sens de l'article 86. Elle en déduit que, si les dispositions nationales en cause permettent aux centres bénéficiant de droits exclusifs d'exiger «des éleveurs qui leur demandent de fournir des semences provenant de centres différents le paiement de frais supplémentaires résultant de ces choix», elles ne sont pas constitutives d'abus: «il résulte de ce qui précède que l'article 86 du traité doit-être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce que des centres de mise en place de la semence, seuls habilités à intervenir dans une zone délimitée, mettent à la charge des utilisateurs, qui leur demandent de fournir de la semence provenant de centres de production d'autres États membres, des frais supplémentaires, à condition qu'ils aient été effectivement supportés par les centres de mise en place pour répondre à la demande des utilisateurs»<sup>46</sup>. L'arrêt traduit d'abord le fait que la Cour tempère l'application du droit de la concurrence sans même passer par le biais d'un principe étranger à l'article 86.

De façon analogue dans l'affaire *Meca-Medina*, la Cour, après avoir estimé que le domaine du sport n'échappe pas à la qualification d'entreprise, s'est prononcée sur la compatibilité d'une législation du Comité international olympique (CIO) en matière de lutte antidopage<sup>47</sup>. Deux athlètes testés positifs ont été suspendus par cette instance. Ils ont contesté la sanction infligée devant la Commission européenne. Cette dernière conclut, aux termes des jurisprudences *Bosman* et *Walrave*, que le domaine de la législation sportive échappe à l'application des règles de concurrence<sup>48</sup>.

Au rebours de cette position, la Cour estime non seulement le contraire, mais plus encore, contrôle l'effet de la législation en cause au regard de l'objectif non économique qu'elle est censée poursuivre directement au regard de l'article 101, et sans même passer par les dispositions du §3. Dans le même sens, la Commission estime qu'un accord

---

<sup>46</sup> CJCE, 5 oct.1994, *Sté civile agricole du Centre d'insémination de la Crespelle c/ Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle de la Mayenne*, aff. C-323/93, Rec.1994, p.I-5077 pt.27

<sup>47</sup> CJCE, 18 juil.2006, *David Meca-Medina, Igor Majcen c/ Commission*, aff.C-519/04 P, Rec.2006, p.I-6991, note G. Anneau, *RTDE*, 2007, p.365-377; note P. Icard, *D*, 2007, p.635-639; note L. Idot, *Europe*, oct.2006, comm. n°290, p.23-24; note M. Wathélet, *Rev. Jdce de Liège Mons et Bruxelles*, 2006, p.1799-1809.

<sup>48</sup> CJCE, 15 déc.1995, *Bosman*, aff.C-415/93, Rec.1995, p.I-4921; CJCE, 12 déc.1974, *Walrave*, aff.C-36/74, Rec.1974, p.1323

interprofessionnel «incité» par une personne publique, qui pourtant enfreint les règles de concurrence, n'est pas imputable à cette même personne publique agissant en tant qu'autorité<sup>49</sup>.

Le droit européen tolère nombre de dérogations à la libre concurrence. On a vu qu'il introduit ces dérogations soit par l'invocation de l'effet utile, soit encore, mais plus rarement, en érigeant une règle de raison dans l'interprétation des articles 101 et 102 TFUE. Somme toute, c'est donc sur l'étendue des dérogations apportées à la libre concurrence que se séparent les jurisprudences européenne et administrative<sup>50</sup> ; la même tendance s'observe en droit interne.

## **Paragraphe 2: L'opposabilité dans l'ordre judiciaire et dans les avis de l'Autorité nationale de la concurrence**

L'ordre judiciaire et l'Autorité de la concurrence font aussi application du droit de la concurrence aux personnes publiques. Là encore, les divergences proviennent moins d'une différence de raisonnement que de leurs usages. C'est ce que traduit l'interprétation du principe de libre concurrence tant devant les juridictions judiciaires (A) que devant l'Autorité (B).

### **A- La libre concurrence devant les juridictions judiciaires en matière de droit de la concurrence appliqué aux personnes publiques**

À l'instar des juridictions européennes, d'autres interprètes ne sont pas en reste pour faire usage de l'opposabilité de principes généraux aux personnes publiques. La Cour de cassation use fréquemment de principes comme la liberté du commerce et de l'industrie ou la libre concurrence<sup>51</sup>. Sous l'empire de l'ordonnance du 30 juin 1945, un arrêt juge qu'une

---

<sup>49</sup> Déc. Commission, *Viande bovine française*, aff. COMP/C.38.279/F3, 2003/600/CE, JO, n° L 209 du 19 août.2003, p.12-41

<sup>50</sup> CAA Douai, 9 juin.2005, *Sté Compagnie générale des eaux*, n°03 DA00296, note G. Clamour, *RLC*, 2005, n°7; TPICE, 28 mars.2001, *Institut des mandataires agréés auprès de l'Office européen des brevets*, aff. T-144/99, Rec.2001, p.II-1087

<sup>51</sup> Notamment en matière de concurrence déloyale: Cass, 17 déc.1991, n°89-20.900; Cass, 18 juin.1991, n°89-15.629; Cass.com, 4 mai.1993, bull. n°172; Cass.com, 4 janv.1994, bull. n°4; Cass.com, 16 déc.1997, bull. n°338; Cass.com, 1<sup>er</sup> avr.1997, bull. n°89; Cass.com, 22 mai.1984, bull. n°172; Cass.com, 22 oct.1985, bull. n°245; Cass.com, 9 févr.1999, bull. n°142; Cass.com, 24 mars.1998, bull. n°112; Cass.com, 19 juin.2001, bull. n°121; Cass.com, 15 juin.1983, bull. n°174; Cass.com, 14 juin.1976, bull. n°199; Cass.com, 16 mai.2000, bull. n°103; Cass.com, 16 janv.2001, bull. n°13; Cass.com, 9 févr.1999, bull. n°42; Cass.com, 24 févr.1998, bull. n°86; Cass.com, 3 mai.2000, bull. n°93; Cass.com, 14 juin.2000, bull. n°126; Cass.com, 18 nov.1997, bull. n°294; Cass.com, 21 janv.1997, bull. n°157; L'affaire *Ville de Pamiers* fait aussi mention du principe: CA Paris, 30 juin.1988, *SAEDE c/ Ville de Pamiers*, BOSP, n°14, 9 juil.1988, p.187. Sur cette question de façon générale:

clause qui institue un pacte de préférence entre une société coopérative d'insémination artificielle et un éleveur ne porte pas atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie<sup>52</sup>.

La liberté du commerce est invoquée dans une autre affaire s'agissant d'un établissement public industriel et commercial (en l'occurrence l'*EDF*) qui impose aux communes de ne pas recourir à l'achat de transformateurs concurrents<sup>53</sup>; du fait qu'*EDF* a la charge d'«assurer le bon fonctionnement, la surveillance, l'entretien de ces réseaux et le remplacement de leur matériel, la Cour d'appel a pu reconnaître à ce service national, en contrepartie de ses obligations, le droit d'imposer aux parties concédantes l'équipement de leurs réseaux avec des appareils ayant son agrément»<sup>54</sup>. Un autre arrêt juge les règles de l'ordonnance du 30 juin 1945 non applicables à *EDF*: en vertu de l'article 59 bis<sup>55</sup>, les activités «qui résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire» échappent aux règles de concurrence<sup>56</sup>. Enfin, un autre arrêt juge que le refus opposé par une chambre syndicale à certaines entreprises de les admettre à un salon, pour ne pas léser des concurrents, doit respecter le principe de «liberté de concurrence»<sup>57</sup>.

La libre concurrence est aussi invoquée sous l'empire de l'ordonnance de 1986<sup>58</sup>. À l'occasion d'un recours en cassation l'amenant à vérifier la conformité d'une législation aux articles 85, 5, 3f) et 94 du traité de Rome, la Cour de cassation admet de déroger au droit de la concurrence. La *Fédération Nationale des Cinémas français* (ci-après *FNCF*) demandait à la Cour d'enjoindre l'entreprise, *Thorn Emi Vidéo France*, à cesser l'exploitation d'un film sous forme de vidéocassettes pendant le délai d'un an à compter de la délivrance du visa d'exploitation.

La Cour fait droit à la demande et se rallie à l'argument des juges du fond en estimant que la législation en cause n'enfreint nullement le droit européen: «qu'il résulte des décisions

---

C. CHAMPALAUME, «Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et de la libre concurrence», in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2001, introduction.

<sup>52</sup> Cass.com, 4 févr.1970, n°68-13303. Pour une position analogue: Cass.com, 9 oct.1973, n°72-10244; Cass.com, 6 mai.1975, n°73-14422; Cass.com 13 nov.1975, n°74-13006; Cass.crim, 18 nov.1986, n°84-95115

<sup>53</sup> Cass.com. 18 févr.1970, *EDF c/ Sté LEDUC*, n°69-12939

<sup>54</sup> Cass.com, *EDF c/ Sté CELDUC*, *op.cit.*

<sup>55</sup> La disposition correspond aujourd'hui à l'article L 410-2 du Code de commerce.

<sup>56</sup> *D*, 1973, p.385-391, concl. J. Cabannes. On remarquera que, sous l'empire de l'ordonnance de 1986, cette disposition, codifiée aujourd'hui à l'article L 420-4-1 du Code de commerce, a été appliquée par l'Autorité de la concurrence dans une décision 04-D-49, du 28 oct.2004, *relative au secteur de l'insémination artificielle bovine*. Constatant que des tarifs fixés par arrêté du ministre de l'Agriculture régissaient les conditions de tarification de la semence bovine, l'Autorité de la concurrence estime qu'ils échappent au champ des articles L 420-1 et 420-2 du code de commerce.

<sup>57</sup> Cass.civ, 2<sup>e</sup> ch, 18 janv.1984, Bull.civ. II, n°78, n° 82-16.160, in G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op.cit.*, p.333.

<sup>58</sup> Cass.com, 7 avr.1998, bull. n°919; Cass.com, 12 janv.1999, bull. n°137, BOSP, n° 2 du 29 janv.1999, p.38; Cass.com, 18 juin.1999, BOSP, n°11, du 22 juin.1999, p.327; Cass.com, 25 janv.2000, bull. n°262; Cass.com, 3 oct.1989, bull. n°1113

*de la Cour de justice des Communautés européennes que, en l'état actuel du droit communautaire, les obligations des États membres découlant de l'article 5 en combinaison avec les articles 3 lettre f, 85 et 94 du Traité ne prohibent pas l'intervention de mesures étatiques qui, apportant certaines restrictions aux règles de la libre concurrence, le font en vue de protéger certaines catégories socioprofessionnelles et au nom de l'intérêt général; que la quatrième branche du moyen ne saurait donc être accueillie»<sup>59</sup>. L'arrêt témoigne que, à l'instar de certains arrêts du Conseil d'État, la Cour de cassation tempère elle aussi l'application des règles de concurrence par l'invocation de l'intérêt général.*

Dans une autre affaire, qui opposait les vétérinaires libéraux à des coopératives agricoles disposant d'un monopole légal en matière d'insémination animale, la chambre correctionnelle écarte les moyens fondés sur la violation du droit européen de la concurrence. Le droit exclusif litigieux découlant d'une loi, les coopératives agricoles incriminées ne sont pas soumises aux règles de concurrence: *«attendu (...) que la coopérative Jura Bétail (...) a agi sans abus, dans le cadre strict de la réglementation (...)»<sup>60</sup>.*

Le même raisonnement s'observe dans un arrêt du 28 novembre 2000 où la Cour de cassation affirme, s'agissant de l'allégation d'abus exercé par les centres d'insémination *«(...) que le principe d'une tarification unique et de l'utilisation de son matériel est imposé au centre d'insémination agréée en raison de l'exclusivité qui lui est conférée par la réglementation (...)»<sup>61</sup>. Récemment, un arrêt de la Cour de cassation examine la légalité d'un décret du 12 mai 2003 fixant le tarif des avoués au regard des articles 81, 82 et 10 du traité CE. La Cour censure les juges du fond de ce qu'ils n'ont pas examiné la compatibilité dudit décret avec le droit européen<sup>62</sup>. Plus édifiant à cet égard est l'examen des avis rendus par l'Autorité de la concurrence quant à l'application des règles de concurrence aux personnes publiques.*

---

<sup>59</sup> Cass.com, 22 avr.1986, bull. n°252. Dans le même sens: TCom Rouen, 19 oct.1982, *D*, 1983, p.283, note. R. Moulin.

<sup>60</sup> Cass.crim, 1<sup>er</sup> févr.2000, n°919

<sup>61</sup> Cass.crim, 28 nov.2000, n°7099. Dans le même sens: Avis n°92-A-04, du 23 juin.1992 *relatif à une question posée par le Syndicat national des vétérinaires praticiens français*, in *Rapport Conseil de la concurrence 1992*, annexe n°89, p.499.

<sup>62</sup> Cass.civ, 8 juil.2010, *Sté Jupin et Algrin*, n°09-16.585

## B- Les avis rendus par l'Autorité nationale de la concurrence sur l'opposabilité du droit de la concurrence aux personnes publiques

Entreprendre d'examiner les avis rendus par l'Autorité nationale de concurrence peut paraître étrange à première vue<sup>63</sup>. En effet, pourrait-on rétorquer, il ne s'agit que d'avis n'ayant aucune valeur obligatoire. Il convient toutefois de noter que les avis rendus par l'Autorité de la concurrence sont éclairants à plus d'un titre lorsqu'on les confronte aux décisions du juge administratif. Certains n'ont pas manqué depuis plusieurs années de souligner l'utilité d'une telle approche comparative<sup>64</sup>.

Par les avis qu'elle rend, l'Autorité nationale définit, de manière indirecte, une forme d'opposabilité du droit de la concurrence aux personnes publiques. Dans la mesure où elle confronte la légalité du droit de la concurrence à des intérêts qui peuvent lui être étrangers, le discours de l'Autorité de la concurrence consultée à titre facultatif tient lieu de comparaison valable par rapport aux décisions du juge administratif en la matière. Il faut se pencher en premier lieu sur les hypothèses, rares au demeurant, dans lesquelles un texte peut directement être soustrait à l'application des règles de concurrence nationale (a), puis en second lieu, sur les avis rendus tant à titre obligatoire (b) que facultatif (c).

### a- L'opposabilité résultant d'un texte d'exemption

Il convient d'abord d'identifier les hypothèses autres que celles qui résultent d'une procédure d'avis obligatoire dans lesquelles une pratique peut être exemptée du droit de la concurrence. L'article L 420-4 al. 1 du Code de commerce dispose que les pratiques qui *«résultent d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application»* échappent aux dispositions de l'article L 420-1 et L 420-2 du même code. Ainsi, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, l'Autorité de la concurrence estime que les clauses de tarification mises en œuvre par les centres agréés d'insémination échappent au champ d'application du droit de la concurrence.

Cette interprétation est stricte: le bénéfice de l'article L 420-4-1 devient inopérant dès qu'une pratique ne résulte pas directement de l'application d'un texte législatif ou

---

<sup>63</sup> Nous ne traiterons pas l'hypothèse, aujourd'hui caduque, de la consultation du Conseil de la concurrence en matière de concentration dans le cadre de l'ex article L.430-5 du code de commerce.

<sup>64</sup> J-Y. CHEROT, «La consultation du Conseil de la concurrence sur les textes législatifs et réglementaires anticoncurrentiels», *D*, 1995, p.233-240.

réglementaire<sup>65</sup>. C'est ce qu'affirme encore un avis relatif à une demande du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie sur un contrat-cadre: *«Le conseil rappelle que l'article L 420-4, I, 1° du code de commerce est d'interprétation stricte, et que seules relèvent de son exemption les pratiques qui sont la conséquence directe et inéluctable de textes législatifs ou réglementaires pris pour leur application»*<sup>66</sup>.

À côté de cette possibilité d'exemption légale, au demeurant fort restreinte, l'article L 420-4 al.1 prévoit un autre cas de figure dans lequel il est de nouveau possible d'échapper à l'application des règles de concurrence, celui dans lequel le requérant peut justifier qu'une pratique anticoncurrentielle est susceptible de contribuer au «progrès économique». Comme l'indique l'alinéa 2 de l'article L 420-4, échappe aux règles de concurrence les pratiques *«dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause»*. Une décision de l'Autorité sanctionne le Syndicat des gynécologues obstétriciens pour avoir recommandé à ses adhérents de faire largement usage de *«dépassements exceptionnels»*<sup>67</sup>.

L'interprétation du droit des pratiques anticoncurrentielles n'a, sur ce point, rien d'original si ce n'est que le syndicat avance, comme justification de l'illégalité de son comportement, la hausse concomitante des primes d'assurances. Ce faisant, il demande à bénéficier de l'exemption de l'article L 420-4 al.2 du code de commerce. Sans même examiner plus avant le moyen, l'Autorité l'écarte. Ce sont là deux cas de figure très restreints dans lesquels l'Autorité de la concurrence peut légalement apporter des tempéraments à l'application des règles de concurrence. L'examen des avis rendus par l'Autorité de la concurrence au regard des articles L 410-2, 462-2, 462-1, 462-3 et 462-4 paraît en ce sens plus fructueux dans la mesure où l'Autorité est, en cette matière, fréquemment confrontée à l'application de la légalité concurrentielle d'actes administratifs.

---

<sup>65</sup> Déc. 08-D-06, du 2 avr.2008, relative à des consignes syndicales de dépassement des tarifs conventionnels par les médecins spécialistes de secteur I.

<sup>66</sup> Avis 02-A-12, du 1<sup>er</sup> oct.2002, relatif à une demande d'avis du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie sur un contrat cadre relatif à la situation du marché de la pêche nectarine

<sup>67</sup> Déc. 08-D-06, du 2 avr.2008 relative à des consignes syndicales de dépassement des tarifs conventionnels par les médecins spécialistes de secteur I, op.cit.

## b- Le cas des consultations obligatoires

En son livre IV, le Code de commerce définit les différentes hypothèses d'attribution consultative de l'Autorité de la concurrence. Par dérogation à l'alinéa premier de l'article L 410-2, l'Autorité est obligatoirement consultée: «(...) *dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situation de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires, un décret en Conseil d'État peut réglementer les prix après consultation de l'Autorité de la concurrence (...)*»<sup>68</sup> Cette obligation fait l'objet d'une interprétation stricte par le Conseil d'État<sup>69</sup>.

Dans une affaire *Société des ciments antillais*, la juridiction administrative décide que le refus d'abroger ou de modifier un décret qui reconduit le régime des prix administrés sur le marché du ciment dans certains départements français d'outre-mer ne nécessite pas la consultation de l'Autorité<sup>70</sup>. Il en est de même de la légalité des tarifs pratiqués par les huissiers de justice ou les avocats<sup>71</sup>.

Le Conseil n'hésite pas dans certains cas, à étendre son contrôle sur des dispositions réglementaires qui apportent des restrictions à la libre concurrence<sup>72</sup>. Cela dit, certains avis rendus sur le fond par l'Autorité ne diffèrent en rien de la jurisprudence administrative; un avis suggère par exemple que la légalité concurrentielle de dispositions réglementaires portant sur la réglementation des taxis autorisait «(...) *les pouvoirs publics à imposer des limitations au jeu de la concurrence dans ce secteur*»<sup>73</sup>.

---

<sup>68</sup> L 410-2 Code de commerce.

<sup>69</sup> Pour une illustration: CE, 21 oct.1994, *Ordre des avocats à la cour de Paris*, n°103018, note M. Bazex, *AJDA*, 1995, p.341.

<sup>70</sup> «*la situation de concurrence limitée par les prix qui résulte nécessairement de cette position dominante occupée sur un marché de taille réduite sur lequel l'importation des marchandises est soumise à l'octroi de mer, est de celles dans lesquelles, en application des dispositions de l'article L. 410-2 (al. 2) du Code de commerce, les prix peuvent être réglementés*», CE, 18 janv.2006, *Sté des Ciments Antillais*, note A. Laget-Annameyer, «Le gouvernement peut-il encore réglementer des prix, malgré la proclamation d'un principe de liberté?», *AJDA*, 2006, p.1169.

<sup>71</sup> CE, 21 oct.1994, *Ordre des avocats à la Cour de Paris*, Rec.459; CE, 23 nov.2005, *Sté des travaux électriques de Normandie*, Rec.772

<sup>72</sup> CE 3 mars 1993, *Compagnie financière et industrielle des autoroutes*, Rec. 636, in note A. Laget-Annameyer sous CE, 18 janv.2006, *Sté des ciments Antillais*, *AJDA* 2006, *op.cit.*

<sup>73</sup> Avis 87-A 01, *relatif à la réglementation des courses de taxis*, in *Rapport d'activité Conseil de la concurrence*, 1987, DJO, 1988, p.10, annexe n°80, p.102; Avis 88-A-17, du 6 déc.1988, *relatif à la réglementation des tarifs des opérations de dépannage et de remorquage des véhicules d'un poids lourd autorisé en charge inférieur à 3,5 tonnes effectuées sur les autoroutes et les voies rapides équipées d'un dispositif d'appel d'urgence visé par le décret n°89-477 du 11 juil.1989*, in *Rapport 1989*, annexe n°69, p.197.

En dehors de cette hypothèse, l'Autorité est obligatoirement consultée sur le fondement de l'article L 462-2 du Code de commerce «(...) *sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant directement pour effet: 1° de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives; 2° d'établir des droits exclusifs dans certaines zones; 3° d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente*»<sup>74</sup>. De ces dispositions, la juridiction administrative fait aussi une interprétation rigoureuse.

Le défaut de consultation de l'Autorité est qualifié de violation d'une formalité substantielle lorsque, d'une part, le régime institué est «nouveau» et, d'autre part, lorsque la restriction engendrée lui est «directement imputable»<sup>75</sup>. De même, la qualification de «régime nouveau» fait l'objet d'une interprétation stricte<sup>76</sup>: y échappe l'arrêté qui se borne à reprendre les dispositions d'une loi<sup>77</sup>. De la même façon, un décret instituant un nouveau code de déontologie des pharmaciens qui modifie pourtant les conditions de concurrence n'entre pas dans la catégorie de régime nouveau<sup>78</sup>. Cette qualification présente un enjeu important dans la mesure où elle détermine les cas d'habilitation de l'Autorité à être saisie.

Entre à l'inverse dans la catégorie de régime nouveau, le règlement qui uniformise certaines conditions de vente, qui soumet l'exercice d'une profession, l'accès à un marché à

---

<sup>74</sup> Avis 06-A-06, du 20 mars.2006, *relatif au projet de décret fixant les règles tarifaires pour la restauration scolaire dans l'enseignement public*; Avis 05-A-25, du 15 déc.2005, *relatif à un projet de décret fixant les règles tarifaires pour les réseaux publics de transport et de distribution d'électricité*; Avis 05-A-15, du 11 juil. 2005, *relatif au projet de décret relatif aux redevances pour services rendus sur les aéroports modifiant les articles R. 224-1 à R. 224-5 du code de l'aviation civile*; Avis 04-A-22, du 9 nov.2004, *relatif au projet de décret fixant les tarifs des réseaux de distribution du gaz*; Avis 04-A-11, du 22 juin.2004, *relatif au projet de décret relatif aux tarifs de cession de l'électricité aux distributeurs non nationalisés*; Avis 00-A-14, du 14 juin.2000, *relatif à une demande d'avis modifiant le décret n° 807 538 du 16 juillet 1987 relatif aux tarifs des transports publics urbains de voyageurs hors de la région Ile-de-France*; Avis 00-A-20, du 6 sept.2000, *relatif aux tarifs de vente de l'électricité aux clients non éligibles*; Avis 00-A-23, du 24 oct.2000, *relatif à un projet de décret modifiant le décret n° 96-1080 du 12 décembre 1996 portant fixation du tarif des huissiers de justice en matière civile et commerciale*; Avis 00-A-08, du 25 avr.2000, *relatif aux prix de la restauration scolaire pour les élèves de l'enseignement public*; Avis 95-A-02, du 31 janv.1995, *relatif à un projet de décret modifiant le décret n° 67-18 du 5 janvier 1967 fixant le tarif des huissiers de justice en matière civile et commerciale*; Avis 94-A-25, du 24 oct.1994, *relatif à la réglementation des tarifs des péages d'autoroutes*; Avis, 88-A-04, *relatif à un projet de décret réglementant les prix dans les départements d'outre-mer*, in *Rapport d'activité du Conseil de la concurrence 1988*, annexe n°79, p.147-148.

<sup>75</sup> CE, 26 oct.1990, *Sté Paridoc et autres*, note M. Bazex, *JCP G*, 1992, II-21876; CE, 10 févr.1992, *Fédération des syndicats pharmaceutiques de France*, n°99262

<sup>76</sup> Bien que résultant, comme l'affirme le professeur P. Delvolvé, «*d'une intervention directe du législateur*»: CE, 12 juin.1992, *Lacombe*, Rec.p.230; CE, 3 oct.1994, *Syndicat national des anesthésiologistes réanimateurs français*, Rec.p.423; CE, 20 avr.1997, *Conseil supérieur de l'administration des biens*, Rec.p.220; CE, 20 avr.1997, *Syndicat national des masseurs-kinésithérapeutes-rééducateurs*, Rec.p.178; CE, 29 sept.1999, *Syndicat de la presse périodique culturelle et scientifique*. Sur cette question: P. DELVOLVÉ, «*Conseil d'Etat et Conseil de la concurrence*», in *Mélanges en l'honneur de B. Genevois*, Dalloz, 2009, p.335.

<sup>77</sup> CE, 3 oct.1994, *op.cit.*

<sup>78</sup> CE, 30 avr.1997, *Sté Arkopharama*, n°169444; CE, 29 sept.1999, *Syndicat de la presse périodique culturelle et scientifique*, note R. Drago, *JCP G*, 2000, n°10249, p.257



des restrictions quantitatives ou à des droits exclusifs<sup>79</sup>. Par delà la lettre de l'article L 462-2, le Conseil d'État s'érige parfois en interprète de cette disposition<sup>80</sup>. Ainsi en est-il d'une disposition législative dont il juge qu'elle n'a pas pour effet de «*soumettre l'accès à un marché à des restrictions quantitatives*»<sup>81</sup>.

Également, un arrêté portant approbation de la convention nationale des masseurs-kinésithérapeutes échappe à l'article L 462-2, car il ne constitue pas une restriction quantitative à ladite profession<sup>82</sup>. Tel n'est pas exactement l'avis de l'Autorité qui, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice en matière de réglementation des ordres professionnels, avance que «*les restrictions à la concurrence posées par la réglementation d'une activité professionnelle qui vise à encadrer les conditions d'exercice de celle-ci peuvent toutefois être justifiées, par analogie avec ce qui a été jugé par la Cour de justice des communautés européennes dans l'arrêt Wouters du 19 février 2002 (...), afin d'assurer au consommateur des garanties nécessaires à sa protection. Ces dernières ne vont pas nécessairement à l'encontre des objectifs de la politique de la concurrence si les effets restrictifs de concurrence de cette réglementation sont inhérents à l'objectif de protection des consommateurs, c'est-à-dire sont nécessaires et proportionnés à cet effet*»<sup>83</sup>. Le raisonnement suggère de supprimer, dans le projet de décret, toute restriction non justifiée au regard d'un «*objectif d'intérêt général*»<sup>84</sup>.

Le régime des consultations obligatoires révèle enfin que l'Autorité définit, de manière indirecte, un corpus de normes susceptibles d'être opposé à l'activité des personnes publiques.

---

<sup>79</sup> In P. DELVOLVE, *op.cit.*, p.335; CE, 28 mars.2007, *FROM NORD et autres*, n° 251094, note G. Clamour, *RLC*, 2007/13, n°921.

<sup>80</sup> CE, 10 nov.1999, *Syndicat National de l'Industrie Pharmaceutique et autres*, Rec.1999, p.679

<sup>81</sup> CE, 29 oct.2008, *Les Entreprises du Médicament et autres*, n° 306449, n° 307043, n° 307126, n° 307127; CE Ord, 6 juil.2007, *Syndicat des vignerons de l'Hérault vinifiant en cave particulière et autres*, n° 307055

<sup>82</sup> CE, 30 avr.1997, *Syndicat National des masseurs-Kinésithérapeutes-rééducateurs-Syndicat MK France*, n°180299 et 180328

<sup>83</sup> Avis 07-A-15, du 9 nov.2007, *relatif au projet de décret portant code de déontologie des masseurs kinésithérapeutes*; Avis 07-A-02, du 16 mars.2007, *relatif au projet de décret portant modification du décret n° 98-246 du 2 avril 1998 relatif à la qualification professionnelle exigée pour l'exercice d'activités prévues à l'article 16 de la loi n° 96-603 du 16 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat, en ce qui concerne l'activité de modelage esthétique de confort sans finalité médicale*

<sup>84</sup> V. aussi: Avis 98-A-13, du 20 oct.1998, *relatif au projet de décret portant modification du décret n° 53-977 du 30 septembre 1953 modifié relatif à l'organisation et à l'assainissement du marché du vin et à l'orientation de la production viticole*; Avis 02-A-03, du 25 mars.2002 *portant sur le projet de décret relatif à la gestion du potentiel viticole*; Avis 58-A-10 du 31 mai.19888, *relatif au projet de décret portant application du décret du 9 janvier 1852 sur l'exercice de la pêche maritime, modifié en dernier lieu par la loi n°85-542 du 22 mai.1985 et loi n°86-2 du 3 janvier 1986, en ce qui concerne la première mise en marché des produits de la pêche maritime et les règles relatives aux communications d'informations statistiques*, in *Rapport d'activité Conseil de la concurrence*, 1989, p.195-196; Avis 04-A-11 du 22 juin.2004, *op.cit.* Dans un sens plus strict: Avis 87-A-02 *relatif à la compatibilité avec les règles de la concurrence d'un code de «bonnes pratiques commerciales» et de la distribution exclusive en pharmacie dans le secteur des aliments lactés diététiques*

Au nombre des normes de référence, la libre concurrence est invoquée par l'Autorité<sup>85</sup>. Néanmoins, la fréquence des consultations est, on le voit, largement déterminée par la jurisprudence administrative. Le juge, dans certains cas, n'hésite pas à substituer son appréciation à celle de l'Autorité, comme l'illustre l'interprétation de l'article L 462-2. Mais les enseignements les plus féconds se situent dans l'analyse des avis rendus à titre facultatif. Ces derniers permettent de se faire une idée différente du droit opposable aux personnes publiques.

### c- Consultations à titre facultatif

Les avis rendus dans ce cadre sont de loin les plus riches en enseignements comparatifs. Classiquement, ils sont rendus sur le fondement des articles L 462-1, 462-3 et 462-4 du Code de commerce. La première disposition est de loin la plus utilisée; elle sera l'objet principal des développements qui vont suivre. Indiquons que le pouvoir de rendre des avis à titre facultatif a été largement renforcé par l'ordonnance 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence<sup>86</sup>.

Cette ordonnance modifie l'article L 462-4 comme suit: *«L'Autorité de la concurrence peut prendre l'initiative de donner un avis sur toute question concernant la concurrence. Cet avis est rendu public. Elle peut également recommander au ministre chargé de l'économie ou au ministre chargé du secteur concerné de mettre en œuvre les mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés.»* Ces avis constituent des tribunes qui parfois permettent d'attirer l'attention des pouvoirs publics sur la légalité de certaines mesures étatiques<sup>87</sup>; ils confortent les hypothèses dans lesquelles l'Autorité est amenée à se prononcer de façon large, sur *«toute question concernant la concurrence»*<sup>88</sup>. Précisons encore que les pouvoirs publics ne sont pas liés par ce type d'avis<sup>89</sup>, de même que l'objet des saisines ne peut aller au-delà des questions de concurrence<sup>90</sup>.

---

<sup>85</sup> Avis relatif au projet d'arrêté fixant les caractéristiques des laits infantiles dont la distribution est réservée aux pharmaciens en application de l'article L. 512 (6°) du code de la santé publique, JO, du 29 avr.1988, in *Rapport d'activité 1988*, p.152.

<sup>86</sup> Ordonnance n° 2008-1161 du 13 nov.2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, NOR: ECEC0823324R, JO, 14 nov.2008

<sup>87</sup> Par ex: Avis 09-A-55, du 4 mars.2009, sur le secteur du transport public terrestre des voyageurs

<sup>88</sup> Sur le sens que l'Autorité de la concurrence donne à ce terme: J-Y. CHEROT, «La consultation du Conseil de la concurrence sur les textes législatifs et réglementaires concurrentiels» *op.cit.*, p.235.

<sup>89</sup> V. en ce sens: *Conseil de la concurrence, Rapport 1989*, DJO, 1990, p.19.

<sup>90</sup> Par ex, Avis 90-A-06, relatif à une question posée par le Syndicat de l'outillage à main et des machines électroportatives (SOMMEP) sur la détermination des prix dans les contrats cadre de distribution, d'achat ou de

Ce dernier cas de figure est par exemple celui d'une demande, émanant de laboratoires pharmaceutiques, et portant sur l'examen de la légalité concurrentielle de décisions administratives. L'Autorité refuse de se prononcer sur les effets concurrentiels qui résultent de la faculté, pour une autorité administrative, d'inscrire ou de retirer une liste de médicaments remboursables par la sécurité sociale<sup>91</sup>. Outre les juridictions,<sup>92</sup> l'article L 462-1 prévoit que les collectivités territoriales, les organisations professionnelles, les chambres de commerce et d'industrie, les chambres d'agriculture, les organisations syndicales ou les commissions parlementaires sont en mesure de saisir pour avis l'Autorité. Le contrôle opéré à cet égard est maximum<sup>93</sup>. Ces éléments rappelés, il convient maintenant d'aborder sur le fond les avis rendus par référence à l'article L 462-1<sup>94</sup>.

Bien avant le Conseil d'État, c'est à travers ses avis que l'Autorité crée, pour apprécier la légalité concurrentielle d'actes administratifs, un principe de libre concurrence

---

*fourniture exclusive; Avis n°00-DA-03, du 14 juin.2000, relatif à une saisine de l'UHP Rhône-Alpes relative à la fixation des tarifs des prestations hospitalières*

<sup>91</sup> Avis 89-A-01, *relatif à la situation résultant pour les laboratoires pharmaceutiques des modifications apportées à la liste des médicaments remboursables aux assurés sociaux*, BOCCRF, n°2, 9 févr.1989, in *Rapport Conseil de la concurrence 1989*, p.198-200; Avis 89-A-13, *relatif à des questions posées par le syndicat national du patronat moderne indépendant de la région de Bretagne (SNPMI région Bretagne) sur la position dominante de la société des Ciments Lafarge en Bretagne*, in *Rapport Conseil de la concurrence, 1989, op.cit.*, p.218; Avis 90-A-19, *relatif aux questions posées par le Syndicat national des anesthésiologistes-réanimateurs français concernant les tarifs des honoraires des médecins*, in *Rapport Conseil de la concurrence, 1990, DJO*, p.195-196; Avis 91-A-01, du 22 janv.1991 *relatif à la question posée par l'Association française des banques (AFB) concernant le marché du traitement du titre interbancaire de paiement*, in *Rapport Conseil de la concurrence 1991*, annexe n°76, p.175; Avis n°91-A-10, du 6 nov.1991 *relatif à la question de posée par l'Union régionale des pharmaciens d'Alsace concernant un amendement, adopté par la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale, à un projet de loi relatif à la pharmacie d'officine*, in *Rapport Conseil de la concurrence préc.1991*, annexe n°83, p.196. L'Autorité peut aussi rejeter une demande d'avis émanant d'une personne publique lorsque la formulation de la saisine n'entre pas dans les intérêts dont la personne publique en cause à la charge: Avis 03-DA-01, du 30 déc.2003 *relatif aux conséquences de la privatisation de la société ASF sur les règles du droit de la concurrence applicables à la passation de ses marchés de travaux*

<sup>92</sup> En ce sens: Avis, 01-A-18, du 28 déc.2001 *relatif à des pratiques de l'INSEE concernant les conditions de commercialisation des informations issues du répertoire SIRENE*; Avis 03-A-21, du 31 déc.2003, *relatif à la position de la Mutualité de la fonction publique sur le marché des prestations sociales au profit des agents publics*; Avis 99-A-19, du 10 nov.1999 *relatif à une demande de M. Philippe Ballu, juge d'instruction près le Tribunal de grande instance de Tarbes, et relative à des pratiques recensées lors de la passation de marché par le Syndicat départemental d'électricité des Hautes-Pyrénées (SDE)*; Avis 96-A-13, du 17 déc.1996 *relatif à une demande d'avis de la Cour d'appel de Paris au sujet de la l'activité des Groupements d'Achat Publics (UGAP)*; Avis 05-A-24, du 14 déc.2005 *relatif à l'acquisition de la société CCMX Holding par la société S.A. Cegid dans le secteur des progiciels de gestion à destination de la profession comptable*; Avis 07-A-08, du 27 juil.2007, *relatif à une demande du Conseil d'Etat à propos des tarifs de vente du gaz naturel en distribution publique de Gaz de France*; Avis 89-A-03, *en réponse à une question posée par le Tribunal de grande instance de Lille*; Avis 90-A-05, *relatif à une question posée par la Cour d'appel de Paris*; Avis 92-A-10, du 24 nov.1992 *relatif aux questions posées par le Tribunal de grande instance de Clermont-Ferrand*

<sup>93</sup> J-Y. CHEROT, «La consultation du Conseil de la concurrence sur les textes législatifs et réglementaires anticoncurrentiels», *op.cit.*, p.239. Avis 06-A-06, du 20 mars.2006, *op.cit.*; Avis 05-A-15, du 11 juil.2005, Avis 05-A-15, du 11 juil.2005, *op.cit.*; Avis 07-A-15, du 9 nov.2007, *portant sur le projet de décret modifiant le décret 2004-699 relatif à la commercialisation par les ligues professionnelles des droits d'exploitation audiovisuelle des compétitions ou manifestations sportives*

<sup>94</sup> L'hypothèse d'une consultation de l'Autorité par le juge administratif sera abordée dans la seconde section.

qu'elle rattache aux dispositions de l'ordonnance de 1986. On retrouve cette formulation s'agissant de la légalité d'un arrêté municipal qui organise le commerce en gros des produits de la pêche. L'arrêté crée une différence de situation entre concurrents en attribuant l'exercice du commerce des produits de pêche sur le marché de Caen aux seuls vendeurs agréés. Au sein de cette dernière catégorie, le règlement distingue entre ceux qui, en qualité de commissionnaires en marée, sont autorisés à vendre des marchandises de toute provenance, et les mareyeurs, pêcheurs et producteurs qui, eux, ne sont autorisés à vendre que «*des marchandises leur appartenant, et provenant du littoral des départements du Calvados et de la Manche, exclusivement*»<sup>95</sup>.

Saisie à titre consultatif, l'Autorité estime qu'«*une réglementation municipale relative à un marché local est susceptible d'enfreindre le principe de libre concurrence ainsi énoncé*»; si l'accès à la concurrence ne doit d'aucune façon être entravé par principe, tel n'est pas le cas lorsque, comme en l'espèce, l'accès à ce marché se déroule «*(...) sous la responsabilité d'une collectivité publique et dans un lieu physiquement circonscrit*». Néanmoins, l'arrêté en cause a pour effet de créer une différence de situation injustifiée entre «*deux catégories de vendeurs agréés*», ce qui «*fausse nécessairement le jeu de la concurrence*». L'Autorité aboutit à cette conclusion en se fondant sur un contrôle de proportionnalité: «*(...) car la réglementation de la profession de mareyeur-expéditeur n'a pas pour objet et ne saurait avoir pour effet de cantonner les mareyeurs dans l'activité de mareyage et de revente des produits qu'ils ont eux-mêmes mareyés*»<sup>96</sup>.

L'avis, rendu en 1988, donc bien avant le revirement *Million et Marais*, est éclairant précisément parce qu'il crée un principe de libre concurrence qu'il déduit des dispositions de l'ordonnance de 1986. Un avis similaire est rendu peu de temps après<sup>97</sup>. À la demande de l'Union Fédérale des Consommateurs de Seine-et-Marne (ci-après *UFC*), l'Autorité est saisie de la légalité d'un arrêté qui régit le fonctionnement du marché municipal de la ville de Chelles. Les dispositions de l'arrêté comprennent des clauses dites de «*voisinage*», des «*numerus clausus*» et une «*limitation de la gamme d'articles à la vente*».

L'objet de la saisine avait pour but d'interroger la légalité concurrentielle de telles dispositions. Dans son avis, l'Autorité indique: «*Lorsqu'une autorité publique est appelée à choisir entre plusieurs opérateurs économiques pour conférer à certains d'entre eux*

---

<sup>95</sup> Avis, 88-A-06, *relatif au règlement de la poissonnerie municipale de Caen*, BOCCRF, du 30 avr.1988

<sup>96</sup> Avis 88-A-06, *op.cit.*, in *Rapport d'activité du Conseil de la concurrence*, 1988, DJO, 1989, p.151.

<sup>97</sup> Avis 88-A-16, du Conseil de la concurrence *relatif à des questions posées par l'Union fédérale de consommateurs de Seine-et-Marne sur certaines dispositions de l'arrêté réglementant le marché de détail de la ville de Chelles*, *Rapport d'activité 1988*, p.164-165, note G. Heidsieck, «Le Conseil de la concurrence, expert en droit des affaires: le cas du commerce sédentaire», *JCP aff.*, 1988, p.201-203.

*seulement le droit d'utiliser le domaine public dans des conditions qui déterminent l'accès de ces opérateurs à un marché de détail, elle ne peut retenir de critères de choix qui ne correspondraient pas à l'objectif d'assurer la plus grande égalité d'accès au marché que si ces critères sont imposés par d'autres impératifs d'intérêt général(...)*<sup>98</sup>

Hormis la référence à un principe de libre concurrence, l'Autorité se prononce aussi sur le rapport de concurrence entre personnes publiques et privées<sup>99</sup>. À propos de la concurrence existant entre les ingénieurs privés et certains services de l'État (DDE, DDAF) sur le marché du conseil des collectivités locales en matière d'ouvrage public, elle estime que l'avantage dont disposent en l'espèce les personnes publiques n'en est pas moins justifié. En effet: *«(...) Il est vraisemblable que ces services bénéficient vis-à-vis des collectivités locales d'une position privilégiée. Cette situation ne résulte pas seulement de la disparité des conditions de rémunération de prestations proposées. Elle s'explique aussi par le fait que les services extérieurs de l'État sont bien implantés localement et couvrent l'ensemble du territoire, qu'ils interviennent traditionnellement dans certains domaines où leur compétence est connue, qu'ils constituent un relais indispensable entre l'administration décentralisée et l'administration de l'État (...)*»<sup>100</sup>

De cette prémisse, l'Autorité déduit trois conclusions: *«(...) a) la possibilité conférée aux agents de l'État d'être des prestataires de service des collectivités locales selon des règles qui ne relèvent pas d'une logique de marché a pour conséquence qu'une part des marchés (...) échappe aux cabinets privés (...) b) la faculté qu'ont les collectivités locales de recourir aux services techniques de l'État selon des modalités de financements privilégiés augmente leur liberté de choix et est de nature à inciter les cabinets privés à présenter des offres aussi compétitives que possibles par rapport à celles des fonctionnaires concernés; c) les conditions de fonctionnement du marché du fait de la présence sur celui-ci des agents de l'État ne sont pas pour les cabinets privés celles du libre jeu de l'offre et de la demande (...)*».

---

<sup>98</sup> Avis 88-A-16, *op.cit.*, p.165. L'Autorité de la concurrence ajoute plus loin s'agissant de la légalité desdites clauses : *(...) tel n'est pas le cas des dispositions des articles 35, 35-1 et 35-2, qui ont pour effet d'attribuer, aux proches parents des titulaires de place, une bonification d'ancienneté exclusive liée à leur lien de parenté avec celui-ci, qui leur donne priorité sur les postulants inscrits souvent depuis des années (...) sur des listes d'attentes.*» On peut faire le parallèle avec un certain nombre d'arrêts du Conseil d'Etat rendus par la suite: CAA, Paris, 4 déc.2003, *Sté d'équipement de Tahiti et des Iles (SETIL)*, AJDA, 2005, p.200, note Nicinski; RLC, 2005/3 n°216, note G. Clamour. Avis 99-A-06 du 16 févr.1999, *relatif à une demande d'avis de la Fédération française des pétroliers indépendants sur l'application de la loi du 31 décembre 1992 portant réforme du secteur pétrolier*. V. sur cette question, S. Nicinski, *Droit public des affaires*, Montchrestien 2009, p.238-241.

<sup>99</sup> Avis 88-A-15, *relatif à la concurrence entre les services techniques de l'Etat et les cabinets privés d'ingénierie vis-à-vis des collectivités locales et de leurs regroupements*, BOCCRF, n°22 du 29 oct.1988, in *Rapport d'activité du Conseil de la concurrence*, 1988, p.161-163.

<sup>100</sup> V. en comparaison: CE, 31 mai. 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, Rec.2006, p.272, AJDA, 2008, note J-J. Israël; DA, 2006, note M. Bazex; RLC 2006/9 n°641, note G. Clamour.

Un raisonnement analogue se retrouve dans un autre avis rendu sur saisine du Syndicat National des entreprises de drainages (ci-après *SNED*). Il était question d'examiner la légalité d'aides au regard des principes de la liberté du commerce et de l'industrie et de la libre concurrence. L'Autorité estime que de telles aides ont pour but d'intensifier et de stimuler la concurrence; elle souligne que «(...) *l'existence de ces avantages stimule la concurrence en amenant les entreprises du secteur non coopératif à réaliser des gains de productivité et à améliorer leur compétitivité*»<sup>101</sup>.

Le rapport public de l'Autorité de la concurrence de 1989 précise davantage le contenu du principe de libre concurrence. Il examine l'effet de textes réglementaires ou législatifs sur «*le principe de libre concurrence*» ou de «*fonctionnement de la concurrence*». À cette fin, la *libre concurrence* se définit comme un état concurrentiel où sont réunies un certain nombre de conditions préalables: liberté d'entrée et de sortie sur un marché, incertitude quant aux décisions prises par les concurrents, indépendance des décisions des acteurs. Pour autant, cette définition stipulée de la *libre concurrence* n'est pas l'expression d'un rejet systématique de toute intervention de l'État. La qualification de restriction se concentre principalement sur les «(...) *textes législatifs ou réglementaires qui impliquent l'établissement d'une barrière à l'entrée sur un marché ou celles qui impliquent une homogénéisation des comportements des entreprises présentes sur le marché (...)*»<sup>102</sup>.

En dehors de ces conditions minimales à l'exercice d'une libre concurrence, la personne publique reste libre *a contrario* de définir le choix de ses interventions. Ainsi, «*Conformément aux principes posés par les jurisprudences concordantes de la Cour de justice des communautés européennes, du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, les restrictions envisagées ne doivent pas excéder ce qui est nécessaire pour sauvegarder l'intérêt public en cause*»<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> Avis 89-A-11, relatif à la comptabilité du régime des coopératives d'utilisation en commun de matériel agricole avec le libre jeu de la concurrence (marché du drainage), BOCCRF, n°17, du 11 août.1989; Avis 88-A-14, relatif à des documents concernant le calcul des prix dans le secteur du bâtiment, élaborés et diffusés par la fédération du bâtiment et des travaux publics des Pyrénées-Atlantiques, BOCCRF, n°22 du 29 oct.1988. Dans le même sens: Avis 89-A-06, relatif à une demande d'avis formulée par la fédération nationale du commerce et de l'artisanat de l'automobile et concernant la réalisation et la publication d'enquêtes de prix dans le secteur de l'automobile, BOCCRF, n°7 du 1<sup>er</sup> avr.1988; Avis 90-A-04, relatif à la fourniture de matériel médical par des organismes à caractère non commercial, in *Rapport Conseil de la concurrence 1990*, DJO, p.171-173; Avis 90-A-07, relatif à la situation résultant pour les opticiens indépendants membres du syndicat des opticiens français indépendants de l'existence de centres d'optique mutualistes, in *Rapport du Conseil de la concurrence 1990*, op.cit, p.175. Pour une illustration plus récente: Avis n°99-A-21 du 8 déc.1999 relatif à une demande d'avis de l'Union des Syndicats de l'industrie routière française concernant l'intervention des parcs départementaux de l'équipement dans le secteur de la production d'émulsion de bitume et de travaux routiers

<sup>102</sup> *Rapport d'activité du Conseil de la concurrence 1989*, DJO, p.21-22.

<sup>103</sup> Avis 91-A-02 du 12 févr.1991, relatif à la question posée par la fédération des entreprises de distribution de magasins à prédominance alimentaire et de services, in *Rapport d'activité du Conseil de la concurrence*, 1991,

Avec le temps, l'alignement sur le droit européen s'est fait plus prégnant. Certains avis assimilent le comportement de personnes publiques à de simples pratiques concurrentielles. C'est ce que suggère un avis dans lequel une personne publique édicte, en concertation avec d'autres organismes professionnels, une série de prix afférente à des «travaux d'entretien et petits travaux neufs». De telles concertations entrent dans la catégorie d'entente. L'opposabilité se substitue dans cette hypothèse à l'applicabilité<sup>104</sup>. Le même raisonnement s'observe s'agissant du renouvellement d'autorisations administratives sur le domaine public autoroutier<sup>105</sup>.

L'association française des sociétés d'autoroutes (ci-après *ASFA*), titulaire de prérogatives en la matière, entendait organiser un appel d'offres conjoint dans le cadre du renouvellement desdites autorisations. Si une telle concertation enfreint l'article 101 TFUE, l'Autorité considère qu'il est possible de bénéficier de l'exemption de l'article L 420-4 du code de commerce; partant, elle s'attache à montrer de quelle façon un tel appel d'offres est susceptible d'entrer dans la catégorie de progrès économique définie par la disposition précitée<sup>106</sup>. Les questions abordées en matière de droit public de la concurrence sont très diverses. Elles vont de la diversification d'entreprises publiques<sup>107</sup> aux effets des lois,

---

DJO, p.175-178; Avis 04-A-15, du 15 juil.2004, *relatif à la convention-type «Département innovant» de France Telecom*, *op.cit.*, Avis 99-A-22, du 14 déc.1999, *relatif à une demande d'avis du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie concernant les conditions d'organisation et de financement de la filière d'élimination des accumulateurs usagés*; Avis 98-A-18, du 25 nov.1998, *relatif à une demande d'avis de la Fédération des industries mécaniques portant sur des questions de concurrence concernant les réseaux de chaleur*

<sup>104</sup> On parlera d'applicabilité pour désigner l'interprétation usuelle qui s'attache au droit de la concurrence, c'est-à-dire celle du droit des pratiques anticoncurrentielles: Avis n°91-A-07 du 24 sept.1991 *relatif à une série de prix édictée par la ville de Nancy*, in *Rapport 1991 op.cit.*, annexe n°81, p.189. Sur cette distinction opposabilité/applicabilité: G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op.cit.*

<sup>105</sup> Bien que reconnaissant sur ce point la compétence du juge administratif, l'Autorité donne néanmoins son interprétation concurrentielle du problème juridique qui lui est posé: Avis n°04-A-06 du 16 avr.2004 *relatif aux conditions d'attribution par les sociétés d'autoroutes des autorisations d'installations commerciales sur les aires autoroutières*

<sup>106</sup> De façon sensiblement différente: Avis 01-A-11, *relatif à la demande de la ville de Marseille concernant l'ouverture à la concurrence de l'utilisation de son domaine public à des fins publicitaires*; Déc 98-D-52 du 7 juil.1998 *relative à des pratiques relevées dans le secteur du mobilier urbain*

<sup>107</sup> Avis 97-A-20, du 4 nov.1997, *relatif à une demande d'avis de la Fédération des ascenseurs sur la situation de la concurrence créée par la diversification des activités de la régie autonome des transports parisiens (RATP) dans le secteur des ascenseurs et escaliers mécaniques*, l'Autorité se réfère d'ailleurs en l'espèce à l'avis n°352281 du 15 juil.1992 rendu par le Conseil d'Etat sur la même question: Avis, 94-A-15 du 10 mai.1994 *relatif à la diversification des activités d'EDF/GDF*; pour une position similaire à l'avis de l'Autorité précédent: Avis 95-A-18, du 17 oct.1995 *relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par les activités de messageries de la SNCF au regard du droit de la concurrence*; Avis 97-A-07, du 27 mai.1997, *relatif à une demande d'avis de l'association française des opérateurs privés de télécommunications sur les questions soulevées au regard du droit de la concurrence par la coexistence à France Telecom, au sein d'une même structure juridique et commerciale, d'activités de télécommunications exercées en situation concurrentielle et sous monopole*

règlements<sup>108</sup>, conventions ou protocoles d'accords<sup>109</sup>, voire aux conditions d'intervention de personnes publiques sur un marché<sup>110</sup>.

Un avis aborde par exemple les obligations concurrentielles de la personne publique en matière d'appel d'offres. Le respect de la jurisprudence administrative, l'insertion de clauses conforme à la légalité concurrentielle, l'égalité d'accès des candidats sont autant d'obligations que rappelle l'Autorité<sup>111</sup>. Ailleurs, l'Autorité évoque les conditions dans lesquelles les collectivités territoriales peuvent constituer leur propre réseau de communication<sup>112</sup>; celles-ci comprennent le respect de la légalité concurrentielle des tarifs, les caractéristiques de l'offre ainsi que l'encadrement de l'exclusivité d'accès. L'égalité concurrence entre personnes publiques et privées passe par le respect de telles obligations dans le but d'éviter les subventions croisées ou d'avaliser un abus de position dominante<sup>113</sup>.

Dans le domaine de la police administrative, l'Autorité a été consultée sur la délivrance d'autorisations municipales de stationnement des taxis. La *Fédération nationale de taxis indépendants* soutient que le dispositif législatif et réglementaire qui régit cette activité

---

<sup>108</sup> Avis 99-A-22 du 14 déc.1999, relatif à une demande du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie concernant les conditions d'organisation et de financement de la filière d'élimination des accumulateurs usagés; Avis 96-A-15, du 14 déc.1996 relatif à une demande d'avis sur le projet de décret relatif aux clauses types des cahiers des charges associées aux autorisations attribuées en application des articles L.33-1 et 34-1 du code des postes et télécommunication; Avis 03-A-05, du 25 avr.2003 relatif à un projet réformant le code des marchés publics; Avis 03-A-07, du 21 mai.2003 relatif à une demande d'avis du ministre de la culture et de la communication et de la ministre déléguée à l'industrie concernant un projet de loi relatif aux communications électroniques; Avis 01-A-05, du 26 avr.2001 relatif à un projet de loi sur la société de l'information; Avis 99-A-06, du 16 févr.1999 relatif à une demande d'avis de la Fédération française des pétroliers indépendants sur l'application de la loi du 31 décembre 1992 portant réforme du secteur pétrolier; Avis 04-A-41, du 29 janv.2004 relatif à une demande de la Fédération nationale des taxis indépendants concernant la réglementation de l'activité des taxis; Avis 00-A-25, du 20 nov.2000 relatif à un projet de décret portant réforme du code des marchés publics; Avis 97-A-18, relatif à une demande d'avis du ministre délégué aux finances et au commerce extérieur concernant l'application de l'article 10-1 de l'ordonnance au secteur du disque; Avis 98-A-18, du 25 nov.1998 relatif à une demande d'avis de la Fédération des industries mécaniques portant sur des questions de concurrence concernant le classement des réseaux de chaleur

<sup>109</sup> Avis 95-A-17, du 3 oct.1995 relatif à un projet de protocole d'accord entre EDF/GDF Services Lyon Métropole, la CAPEB, la FNEE et la FEDELEC; Avis 04-A-15, du 28 juil.2004 relatif à la convention-type «Département innovant» de France Telecom

<sup>110</sup> Avis 04-A-13, du 12 juil.2004 relatif à la mise en place du Service Emploi-Entreprise; Avis 94-A-01, du 5 janv.1994 relatif à une demande d'avis sur les effets produits par vis-à-vis des règles de concurrence par les «entreprises d'insertion par l'économie»; Avis 10-A-04, du 22 févr.2010 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et infrastructures (AMCRI) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français; Avis 10-A-02, du 1<sup>er</sup> fév.2010, relatif à l'équipement numérique des salles de cinéma

<sup>111</sup> Avis 03-A-02, du 18 mars.2003 relatif aux conditions propres à assurer le libre jeu de la concurrence entre les candidats lors d'une procédure de délégation de service public; Avis 99-A-16 du 26 oct.1999, relatif à une demande d'avis du Conseil général du Nord sur les procédures de mise en concurrence relatives à l'attribution de la gestion déléguée des services de transports interurbains et scolaires

<sup>112</sup> Avis 98-A-21, du 1<sup>er</sup> déc.1988 relatif à une demande d'avis sur un projet de circulaire du ministre de l'intérieur et du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie relative aux interventions des collectivités territoriales dans le secteur des télécommunications

<sup>113</sup> Par ex, Avis 99-A-11, du 9 juin.1999, relatif à une demande d'avis de la Chambre professionnelle des transporteurs routiers de l'Isère sur la situation créée par l'octroi d'une aide financière à une régie départementale de transport par un Conseil général; Avis 99-A-21, du 8 déc.1999, *op.cit.*



comporte, dans son ensemble, des risques concurrentiels majeurs. En tant que service d'intérêt collectif, des règles dérogatoires au droit de la concurrence peuvent être apportées à l'industrie du taxi; mais, l'Autorité rappelle la portée de l'avis *Sté L&P Publicité*: le pouvoir de police ne peut limiter de manière disproportionnée les règles de concurrence. Elle suggère à l'autorité publique d'opérer, à partir d'un raisonnement coûts/avantage, une modification qui puisse tenir compte de l'évolution du coût des licences ainsi que la mise en place d'économies d'échelle<sup>114</sup>. Dans le domaine du cinéma, un avis récent vient expliciter les conditions d'interventions de la personne publique dans l'hypothèse d'une défaillance du marché<sup>115</sup>. En substance, l'analyse du discours de la Cour de cassation ainsi que de l'Autorité de la concurrence révèle, à l'instar du droit européen, qu'il existe nombre de dérogations au droit de la concurrence. Mieux: tout comme en droit administratif ou européen, c'est par le moyen de principes que l'Autorité de la concurrence ou la Cour de cassation y parviennent.

La libre concurrence n'est pas propre au juge administratif, comme l'ont montré les développements de cette section. L'utilisation de principes, dans le but contrôler l'action concurrentielle des personnes publiques, se retrouve dans le discours d'autres interprètes<sup>116</sup>. Le droit public de la concurrence trouverait donc à s'appliquer même en l'absence de la jurisprudence administrative; mais conformément à notre hypothèse de départ, c'est le contenu idéologique des discours qui diffère entre les acteurs. C'est en termes de dérogations à la libre concurrence, ou, pour le dire autrement, dans la manière dont chaque interprète stipule un modèle de concurrence qui tolère une conception plus ou moins large de l'intérêt général, qu'il convient de poser le problème. L'usage des catégories concurrentielles par le juge administratif doit se comprendre sous cet angle. Il faut alors dépasser le constat d'une simple analogie des termes pour entrer dans la signification réelle que leur attribue l'interprète.

---

<sup>114</sup> Avis 04-A-04, du 29 janv.2004, *relatif à une demande de la fédération nationale des taxis indépendants concernant la réglementation de l'activité des taxis*. V. en comparaison: CE, 27 juin.2007, *Syndicat de défense des conducteurs du taxi parisien*, note. M. Bazex, S. Blazy, DA, n°8, août.2007, comm. n°129.

<sup>115</sup> Avis 10 A-02, du 1<sup>er</sup> févr.2010, *relatif à l'équipement numérique des salles de cinémas*, note M. Bazex, DA, avr.2010, p.22-23. Dans le même ordre d'idées: Avis n°08-A-10 du 18 juin.2008, *relatif à une demande d'avis présentée par la Fédération de la formation professionnelle*, note M. Bazex, S. Blazy, DA, n°8, août.2008, comm. n°122

<sup>116</sup> Qu'il s'agisse de la libre ou de l'égle concurrence.

## ***Section 2: L'opposabilité du point de vue du juge administratif***

Les développements précédents ont montré que la juridiction administrative n'est pas la seule à faire usage d'un principe de libre concurrence, ni même à concilier ce principe avec des intérêts qui lui sont étrangers; il reste à montrer comment s'illustrent, par la technique juridique, des divergences avant tout idéologiques. On doit pour cela procéder à une systématisation; selon les types de contentieux, le juge rend une interprétation variable du droit de la concurrence: du recours aux principes généraux, aux avis mandatés à titre «d'expertise» en passant par la réappropriation des catégories concurrentielles ou encore, plus fréquemment, à la simple économie de moyens, le juge dispose d'une palette de justifications qui donnent sens à sa position idéologique.

Propice à «*l'analyse économique*», le contentieux des concentrations est l'archétype par excellence d'une instrumentalisation du discours de l'Autorité de la concurrence; en dehors, l'interprétation paraît plus hétérodoxe. Ce sont ces différentes possibilités que l'on propose de traiter en trois temps: l'instrumentalisation de l'expertise de l'Autorité d'abord, de même que l'appropriation des termes concurrentiels (§1), l'utilisation de principes généraux (§2), et enfin, la technique classique de l'économie des moyens (§3).

### **Paragraphe 1: Le rapport instrumental au vocabulaire concurrentiel**

Les avis de l'Autorité sont instrumentalisés par le juge dans le but de conforter sur le fond certaines justifications. Le juge s'y réfère rarement explicitement et beaucoup plus fréquemment de façon implicite (A). Outre les avis, le juge réinvestit aussi le champ des catégories concurrentielles (B).

#### A- La référence aux avis

Il faut distinguer ici selon que le juge se réfère à l'avis de façon explicite (a) ou, au contraire, implicite (b).

##### a- La référence explicite aux avis par le biais de l'article L 462-3

Il n'est nul besoin d'insister sur le fait que la juridiction administrative recourt à l'avis de l'Autorité de la concurrence. Celle-ci est consultée à titre d'«expert»<sup>117</sup>. La possibilité d'un tel moyen, est donnée par une interprétation extensive de l'article L 462-3 du Code de commerce. L'arrêt *EDA* inaugure cette voie procédurale<sup>118</sup>. Comme l'indique le professeur P. Delvolvé, l'article L 462-3 semble *a priori* ne pas renvoyer au contentieux du droit public de la concurrence, dans la mesure où l'Autorité n'a compétence que sur les seules pratiques d'entreprises<sup>119</sup>. Malgré tout, cette dernière interprétation, qui force le sens littéral du texte, a été utilisée à plusieurs reprises pour justifier la qualification d'abus automatique ou apprécier la légalité concurrentielle de tarifs réglementés.

Les jurisprudences *CEGEDIM*, *Mutuelle générale des services publics* et *Powéo*<sup>120</sup> en témoignent, le contentieux des concentrations de même<sup>121</sup>. Par analogie avec une procédure d'expertise ordinaire, l'article L 462-3 a été assimilé à une procédure avant dire droit, ce qui revient à dire, que le juge n'est nullement lié par l'avis que formule l'Autorité<sup>122</sup>. Cette assimilation procédurale n'en rend le pouvoir discrétionnaire du juge sur l'avis que plus étendu. Une telle instrumentalisation ne diffère en rien de celle que pourrait faire une autorité administrative. La jurisprudence estime en ce sens: «*Considérant qu'il est loisible à une autorité administrative de s'approprier les motifs et le sens de l'avis d'un organisme consultatif et que, ce faisant, elle n'entache pas sa décision d'incompétence dès lors qu'elle n'a pas lié par avance sa propre décision à cet avis*»<sup>123</sup>.

---

<sup>117</sup> On ne peut considérer à proprement parler l'Autorité de concurrence comme un expert dans la mesure où les avis qu'elle rend interprètent aussi le droit.

<sup>118</sup> CE, 26 mars.1999, *Sté EDA*, Rec.108, *AJDA*, 1999, p.427, concl. J-H. Stahl, note M. Bazex, *CJEG*, 1999, p.264, note J-P. Markus, *D*, 2000, p.204. V. aussi, concl. Stahl sur CE, 3 nov. 1997, *Sté Yonne Funéraire; Sté Inter-marbres; Sté Million et Marais*, *RFDA*, 1997, p.1235. Dans son rapport de 2002, le Conseil d'Etat tient le même point de vue: Conseil d'Etat, rapport public 2002, *Collectivités publiques et concurrence*, Paris, La documentation française, 2003, p. 336.

<sup>119</sup> P. DELVOLVÉ, «Conseil d'Etat et Conseil de la concurrence», in *Mélanges en l'honneur de B. Genevois*, Dalloz, 2009, p.338-339.

<sup>120</sup> CE, 15 mars.2000, *Sté CEGEDIM c/INSEE*, Rec.p.280, note M. Bazex, S. Blazy, *DA*, nov.2002, n°173; note S. Nicinski, *AJDA*, 2002, p.43; CE, *Mutuelle générale des services publics et autres*, Rec.p.743, note N. Charbit, *DA*, oct.2004, comm n°140; note M. Bazex, S. Blazy, *CCC*, nov.2004, comm n°155; CE, 7 juil.2006, *Powéo et Fédération française des combustibles, carburants et chauffages (FF3C)*, Rec.325, concl. S. Vercluytte, *RJEP*, 2007, p.70; note G. Bouquet, *AJDA*, 2008, p.423.

<sup>121</sup> CE, 20 juil.2005, *Sté Fiducial informatique et Sté Fiducial expertise*, Rec.p.1027, *DA*, note M. Bazex, S. Blazy; note B. Du Marais, *Gaz. Pal*, mars.2006, p.50-54; concl. E. Glaser, *RFDA*, 2006, p.692.

<sup>122</sup> CE, 22 mars.1902, *Danton et Naccaro*, Rec. CE, 1902, p.238; CE, 11 mars.1869, *Bricout*, Rec. CE, 1869, p.251; CE, 17 mai.1933, *Cne Essonnes*, Rec.1933, p.526. Pour une analyse approfondie de la procédure d'expertise en droit administratif: A. MONGO, *L'expertise et autres mesures d'instruction en contentieux administratif*, Thèse, Tours, 2000.

<sup>123</sup> CE, 13 févr.2006, *Sté De Longhi*, n°278796, concl. E. Glaser, *RFDA*, 2006, p.715-726; CE, 12 janv.1883, *min. TP*, Rec. CE, 1883, p.43; CE, 13 oct.1978, *Sté Drogrey*, *DA*, 1978, comm. n°361; CE, 30 janv. 1952, *Sté industrielle des marbres*, Rec. CE, 1952, p.69; CE, 17 avr.1985, *Dpt Moselle c/ Épx Manson*, Rec. CE, 1985, tables, p.732

En conséquence, le recours à l'avis n'est pas synonyme de conformité. Il s'explique davantage par la recherche d'une légitimité voire d'une authenticité d'interprétation du droit de la concurrence. C'est ce qu'illustre l'arrêt *Sté Powéo*; le Conseil d'État saisit dans cet arrêt l'Autorité de la concurrence de la légalité concurrentielle, par une procédure avant dire droit, d'arrêtés modifiant les tarifs réglementés de vente de gaz combustible<sup>124</sup>. Mais, alors que l'avis conclut que les tarifs en cause ne permettent pas de couvrir la totalité des coûts, le Conseil n'applique cette solution qu'à un seul des deux arrêtés litigieux. Pareillement, alors que l'avis estime qu'il y a lieu de modifier «(...) le cadre législatif et réglementaire de fonctionnement du marché des clients éligibles», la juridiction administrative soutient une position contraire<sup>125</sup>. Pour le juge, l'avis n'est qu'un moyen supplémentaire de justification.

Outre qu'elle peut être initiée par le juge, la consultation de l'Autorité peut aussi être suggérée par l'une des parties lors d'un litige; l'opportunité d'une telle saisine est alors souverainement appréciée par le juge<sup>126</sup>. Il en est ainsi de l'examen de la légalité concurrentielle d'un arrêté qui organise la vente au déballage: le juge rejette la demande au motif que ledit arrêté est pris «dans un but de police, en vue de protéger les intérêts du commerce local et des consommateurs»<sup>127</sup>.

Ainsi défini, l'usage du discours de l'Autorité peut aller de la simple conformité à une appréciation plus détachée, voire à une interprétation totalement divergente. L'appréciation est conforme lorsque la juridiction administrative suit en tous points l'avis: les affaires *CEGEDIM* ou *Fiducial expertise*, sont topiques de cette première hypothèse<sup>128</sup>. Se ralliant aux conclusions du rapporteur public estimant: «qu'il n'y a pas de raison de s'écarter de l'avis rendu par le Conseil de la concurrence»<sup>129</sup>, le Conseil d'État reprend en substance le raisonnement de l'Autorité. L'autre hypothèse est celle dans laquelle la conformité au raisonnement de l'avis n'est que partielle. C'est ce qui ressort des arrêts précités *Powéo*, où, le

---

<sup>124</sup> CE, 26 janv.2007, *Société Powéo*, n° 296191

<sup>125</sup> CE, 26 janv.2007, *op.cit.*, Avis, 07-A-08, du 27 juil.2007, *relatif à une demande du Conseil d'Etat à propos des tarifs de vente du gaz naturel en distribution publique de Gaz de France*. Notons que dans un avis ultérieur, l'Autorité de la concurrence a encore exprimé ses réserves sur un projet de décret similaire: Avis 09-A-43 du 27 juil.2009, *relatif à un projet de décret concernant les tarifs réglementés de vente de l'électricité*

<sup>126</sup> CE, 10 juil.1996, *M. Etienne*, Rec.1996, p.768; CE, *Sté EURL, La Cour des Miracles*, n°250313; TA Dijon, 20 févr.2003, *Sté Jean-Louis Bernard Consultants*, n°9925, DA, mai.2003, note M. Bazex, S. Blazy.

<sup>127</sup> Le juge administratif peut aussi, dans de rares cas, ne tout simplement pas répondre au moyen tiré de l'invocation de l'article L 462-3 du code de commerce: CAA Marseille, 29 mai.2006, *Congrégation Cistercienne de l'Immaculée conception*, n° 03MA01196, n° 03MA01226

<sup>128</sup> CE, 15 mars.2000, *CEGEDIM*, *op.cit.*; v. aussi: CE, 13 févr.2006, *Sté Fiducial informatique, Sté Fiducial expertise*, n° 279180; Avis, 05-A-24, du 14 déc.2005 *relatif à l'acquisition de la société CCMX Holding par la société S.A. Cegid dans le secteur des progiciels de gestion à destination de la profession comptable*

<sup>129</sup> CE, 15 mars.2000, *CEGEDIM*, *op.cit.*, concl. C. Maugüe, *CJEG*, 2003, p.16.

Conseil écarte la qualification de prix prédateur<sup>130</sup>. Selon l'arrêt, l'arrêté litigieux: «(...) *ne met pas, par lui-même, Gaz de France en situation d'abuser de la position dominante qu'il occupe sur ce marché en conduisant une politique de «prix prédateurs» ou en y perturbant de manière significative les conditions d'exercice de la concurrence»*.

Une dernière hypothèse est celle où, tout en ayant consulté l'Autorité, le juge administratif s'écarte sensiblement de l'avis rendu, tout en restant sur le terrain du vocabulaire concurrentiel. La jurisprudence *Mutuelle générale des services publics* en est l'exemple type. Tandis que l'avis estime qu'un décret attribuant un droit exclusif à une entreprise place l'entreprise en situation de position dominante automatique, le Conseil d'État juge le contraire; mais les conclusions du rapporteur public montrent que le juge ne parvient à cette conclusion que par une délimitation plus large des marchés en cause<sup>131</sup>. C'est du moins, ce qui ressort du raisonnement défendu par le rapporteur public. L'usage de l'avis doit donc avant tout se comprendre comme instrumental: le juge s'y réfère dans le but de conforter l'impression d'une interprétation ancrée dans «*l'analyse économique*». Plus fréquente reste toutefois la référence indirecte aux avis de l'Autorité.

#### b- Le recours implicite aux avis

C'est souvent de façon détournée, sans doute afin d'apparaître moins dépendant de l'interprétation de l'Autorité, que le juge se réfère à ces avis<sup>132</sup>. L'architecture ancienne du contentieux des concentrations aboutissait, en cas de consultation par le ministre de l'Autorité, à ce que le juge se réfère fréquemment au contenu des avis rendus. Ainsi, dans l'arrêt *The Coca-Cola Company*<sup>133</sup>, le juge s'approprie-t-il très nettement les solutions de l'avis tant dans l'usage de la «théorie de l'effet portefeuille» que dans la délimitation des

---

<sup>130</sup> Alors, en l'espèce, que l'Autorité conditionne le défaut de qualification de prix prédateurs à la modification du cadre réglementaire et législatif, qui constitue une «barrière à l'entrée»: Avis, 07-A-08, du 27 juil.2007, relatif à une demande du Conseil d'Etat à propos des tarifs de vente du gaz naturel en distribution publique de Gaz de France, *op.cit.*, pt.187.

<sup>131</sup> CE, 16 juin. 2004, *Mutualité de la fonction publique et autres*, n°235176; Avis 03-A-21, du 31 déc.2003, relatif à la position de la Mutualité Fonction Publique sur le marché des prestations sociales au profit des agents publics, concl. J-H. Stahl, *RJEP/CJEG*, n°615 déc.2004 p.548; v. aussi: CAA Nancy, 5 avr.2007, *Compagnie Nationale des Ingénieurs et Experts forestier et des experts en bois*, n°04NC00406, CCC, note, G. Marson, comm. n°8, 2007, chron. n°3.

<sup>132</sup> Par ex, s'agissant des effets anticoncurrentiels d'une délégation de service public: Déc. 06-MC-03, 11 déc.2006, relative à des mesures conservatoires dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent; CE Ord, 15 déc.2006, n°298618, *Sté Corsica Ferries*, *AJDA*, 2007, note J-D. Dreyfus, p.185; *BJCP* 2007, concl. D. Casas, p.116; *CMP* 2007, obs. G. Eckert, comm. n°53.

<sup>133</sup> CE, 9 avr.1999, *The Coca-Cola Company*, Rec.119

marchés en cause<sup>134</sup>. C'est ce qui s'observe encore dans la jurisprudence *Clemessy*. Saisie de la légalité d'une autorisation de concentration, la juridiction administrative reprend en tous points, l'avis antérieur de l'Autorité; on le remarque plus précisément dans l'analyse de la motivation concernant le «*progrès économique et social*»<sup>135</sup>. La même pratique se retrouve dans l'arrêt, *Sté France Antilles*.

À la question de savoir si le secteur de la presse échappe au droit commun de la concurrence, le juge décide à l'instar d'un avis de l'Autorité, qu'une opération de concentration dans le secteur de la presse ne s'oppose pas à la mise en œuvre des règles générales du droit de la concurrence<sup>136</sup>. Toujours en matière de concentration, dans l'affaire *De Longhi*, le Conseil délimite le marché en cause et, dans une certaine mesure, l'appréciation qui en résulte à l'identique d'un avis antérieur<sup>137</sup>. Plus récemment, le juge fait application des critères de la jurisprudence *Airtours* à une position dominante collective<sup>138</sup>. L'avis devient une ressource qui donne au juge les moyens d'étendre son contrôle en matière de concentration<sup>139</sup>. On remarquera qu'en l'absence d'avis, certains arrêts se font plus laconiques. La jurisprudence *Sté Métropole Télévision* renvoie, s'agissant de risques concurrentiels futurs, à l'examen *a posteriori* de l'Autorité<sup>140</sup>.

D'autres domaines que le contentieux des concentrations font aussi appel aux avis. L'extension d'une convention collective est jugée contraire à la «*libre concurrence*» grâce à un raisonnement qui reprend l'essentiel d'un avis de l'Autorité<sup>141</sup>. La solution du Conseil d'État avait été critiquée en ce qu'elle estimait que l'extension de la convention collective portait atteinte à la libre concurrence sans jamais procéder clairement à une analyse concurrentielle plus détaillée; mais réciproquement, on peut remarquer que l'avis de

---

<sup>134</sup> CE, 9 avr.1999, *The Coca-Cola Company*, Rec.119, note M. Bazex, B. Thiry, *AJDA*, 1999, p.611. V. à titre comparatif: Avis 98-A-09 du 29 juil.1998, relative à un projet d'acquisition par la société *The Coca-Cola Company de l'ensemble des actifs du groupe Pernod Ricard relatifs aux boissons de marque Orangina*

<sup>135</sup> CE, 11 juil.2001, *Syndicat CGT de la Société Clemessy*, n° 222039; Avis 00-A-03 du 22 févr.2000, relatif à l'acquisition de la société *Clemessy par les groupes EDF, Cogema et Siemens*

<sup>136</sup> Si elles aboutissent à la même conclusion, les justifications diffèrent quelque peu entre les deux autorités: CE, 31 janv.2007, *Sté France Antilles*, n°294896, note G. Marson, *JCP E*, n°18, 3 mai.2007; Avis n°05-A-18, du 11 oct.2005 relatif à l'acquisition du Pôle Ouest de la société *Socpresse et de fonds de commerce de la SEMIF par la société SIPA*, pts.11-20.

<sup>137</sup> CE, 13 févr.2006, *Sté De Longhi Spa et autres*, concl. E. Glaser, *RFDA*, 2006, p.715-726, *op.cit.*, Avis n°02-A-07 du 15 mai.2002 relatif à l'acquisition d'une partie des actifs du groupe *Moulinex par le groupe Seb*

<sup>138</sup> CE, 31 juil.2009, *Sté Fiducial Audit et Fiducial expertise*, n°305903

<sup>139</sup> CE, 31 mai.2000, *Sté Cora et sté Casino-Guichard Perachon*, n°313161, 213352; Avis 98-A-06, du 5 mai.1998, relatif à l'acquisition par la société *Casino-Guichard-Perrachon de la société TLC Béatrice Holdings France SA (enseignes Franprix-Leader Price)*

<sup>140</sup> Pour une position inverse, v. cet arrêt se livre à un contrôle plus poussé en matière d'analyse du coût incrémental: CE, 24 juil.2009, *Sté Orange France, Sté Française du radiotéléphone*, n°324642, 324687

<sup>141</sup> CE, 30 avr.2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendant des réseaux d'eau et d'assainissement*, note M. Bazex et S. Blazy, *DA*, 2003, comm. n°123; note P. Subra de Bieusses, *AJDA*, 2003, p.1849,. V. en sens contraire, CE, 21 mai. 2008, *SNRH, SOMAR*, n°291115, 291210, 291247

l'Autorité n'apporte pas non plus de justification convaincante à l'effet anticoncurrentiel de l'arrêté d'extension<sup>142</sup>.

Dans une autre affaire, une Cour administrative d'appel avait soulevé d'office la violation de l'article 8 de l'ordonnance de 1986<sup>143</sup>. Saisi du pourvoi, le juge examine l'abus résultant d'un contrat de pompes funèbres<sup>144</sup>. La définition des marchés en cause est directement déduite de décisions antérieures de l'Autorité concernant des litiges analogues<sup>145</sup>.

Un arrêt de Cour administrative d'appel illustre encore l'argument selon lequel d'autres domaines que le contentieux des concentrations font appel aux décisions antérieures d'autorités de la concurrence<sup>146</sup>. Alors que dans un contexte de crise les agriculteurs français entendaient, par la signature d'un accord professionnel, boycotter l'importation de viande étrangère, certains abatteurs faisaient le choix d'importer à des prix moins onéreux des produits bovins étrangers. Par mesure de rétorsion, les syndicats agricoles ont alors décidé d'empêcher l'accès à certains abattoirs, causant par là un préjudice financier aux entreprises qui ne se conformaient pas au boycott syndical. La société *Charveron frère* lésée par les actions précédentes, introduit une action en responsabilité sans faute devant le Tribunal administratif de Grenoble; déboutée, elle interjette appel devant la Cour de Lyon.

Au nombre des moyens avancés, la requérante estime que le soutien apporté par l'État à un accord interprofessionnel tendant à «*restreindre ou fausser le jeu de la concurrence*» engage sa responsabilité. Le ministre de l'Agriculture avait en effet pris part à la conclusion d'un accord syndical dans le but non seulement de suspendre pendant quelques mois l'importation de viande, mais aussi d'en fixer un prix d'achat minimum. À l'évidence, un tel accord est en porte à faux avec les dispositions de l'article 101 TFUE. La Cour va pourtant justifier l'objet de l'accord par référence à une décision précédemment rendue par la Commission européenne<sup>147</sup>. L'illégalité de l'accord n'est pas imputable à l'État dans la mesure où ce dernier se borne «*à inciter les professionnels à trouver une solution, sans*

---

<sup>142</sup> Avis 00-A-30, du 4 déc.2000 *relatif à une demande d'avis de la Fédération nationale des collectivités concédantes et régies sur la convention collective des entreprises des services d'eau et d'assainissement*. V. spécialement la partie intitulée «observations du Conseil» dans laquelle l'effet anticoncurrentiel de la convention est établi sans même être rattaché à un énoncé textuel.

<sup>143</sup> La Cour estime depuis la jurisprudence *Manfredi*, que le juge national est dans l'obligation de soulever d'office la violation des articles 101 et 102 TFUE: CJCE, 20 sept.2001, *Courage et Créhan*, Rec.p.I-6297; CJCE, 13 juil. 2006, *Vicenzo Manfredi*, aff. C-295 à 298/04, Rec. 2006, p.I-6619, note M. Chagny, *RLC*, 2006, n°9, p.86-89; note P. Iannuccelli, «La Cour botte en touche sur la réparation civile des dommages causés par les infractions aux règles de concurrence», *RLC*, 2006, n°9, p.67-72; note L. Idot, *Europe*, oct.2006, comm. n°291, p.24-25.

<sup>144</sup> CE, 17 oct. 2008, *Sté OGF*, n°293220, concl. F. Seners, *AJDA*, 2009, p.57-60; CE, 2 avr.2003, *CEGEDIM*, n°247769

<sup>145</sup> Pour un raisonnement du même ordre: CE, 21 mars. 2001, *France Télécom*, n°211608.

<sup>146</sup> CAA Lyon4<sup>e</sup> ch, 5 févr.2009, *Sté Charveron Frères*, n°08LY01610, n°08LY01426

<sup>147</sup> Aff. COMP/C.38.279/F3, *Viandes bovines françaises*, 2003/600/CE, JO, n° L 209, du 19 août.2003, p.12-41.

*imposer ni créer de cadre juridique permettant un comportement anticoncurrentiel*», ce qui revient à dire que la faute n'est pas établie puisque l'État intervient pour mettre fin à une situation de crise et de «*trouble à l'ordre public*».

Rarement, il arrive que sans se référer aux avis, le juge administratif fasse lui-même application du droit des pratiques anticoncurrentielles aux personnes publiques. C'est ce qu'illustre un jugement du tribunal administratif de la Réunion<sup>148</sup>. Il est bien connu que les chambres de commerce et d'industrie (ci-après *CCI*) sont généralement déléataires de la gestion des aéroports régionaux. En ce sens, une autorisation domaniale a été refusée à la société *Wein Auto*. Cette dernière tente devant le Tribunal de Saint-Denis, un recours en annulation de la décision de refus. Elle invoque, entre autres moyens, la violation de l'article L 420-2 du Code de commerce. Le juge, dont la motivation repose sur la démonstration de l'abus de position dominante de la *CCI*, accueille le moyen. Le jugement opère une délimitation des marchés en cause, suite à quoi, il qualifie le refus de la chambre de commerce d'abusif.

Comme on le voit, ce panorama du droit positif n'est que partiel et occulte les nombreux cas dans lesquels le juge s'écarte des avis de l'Autorité. Précisons toujours que nous ne nous plaçons pas dans l'hypothèse des avis rendus dans le cadre de l'article L 462-3, mais de ceux qui interviennent dans un domaine connexe d'un contentieux administratif. La comparaison du discours du juge et de l'Autorité permet aussi de prendre la mesure des divergences d'appréciation.

À l'encontre d'une décision de l'Autorité, le Conseil d'État, se référant à une décision de la Commission, a requalifié la délimitation d'une zone de chalandise<sup>149</sup>. Dans le même ordre d'idée, le juge, par référence à la jurisprudence européenne, redéfinit les critères de qualification d'entreprise défaillante<sup>150</sup>; ce faisant, il se détache d'un avis antérieur de l'Autorité<sup>151</sup>. Une autre affaire mettait en cause la Compagnie nationale des ingénieurs et experts forestiers (ci-après *CNIEFEB*) devant la Cour administrative d'appel de Nancy<sup>152</sup>.

---

<sup>148</sup> TA Saint-Denis, 16 nov.2005, *Sté Wein Auto*, n°0301232, note G. Clamour, *RLC*, 2006, n°6. Nous remercions le professeur Clamour de nous avoir, durant l'année 2005, fourni copie de ce jugement.

<sup>149</sup> CE, 30 juil.2003, *Sté Caen Distribution*, n°227838; Avis 00-A-06, du 3 mai.2000 *relatif à l'acquisition par la société Carrefour de la société Promodès*; Déc. Commission du 25 janv.2000 *déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration sur base du Règlement (CEE) N 4064/89, CARREFOUR/PROMODES*, aff. n° IV/M.1684, JO, n°C 164 du 14 juin.2000

<sup>150</sup> CE, 6 févr.2004, *Sté Royal Philips Electronics et autres*, in *RFDA*, 2004, p.294-298, concl. E. Glaser, *RFDA*, 2004, *op.cit.*, note G. Orsoni, *RTDCiv*, 2004, p.260-262.

<sup>151</sup> Avis 04-A-16 du 28 juil.2004, *relatif à l'acquisition d'une partie des actifs du groupe Moulinex par le groupe SEB*

<sup>152</sup> CAA Nancy, 5 avr.2007, *Compagnie Nationale des ingénieurs et experts forestiers et experts en bois*, n°04NC00406, note G. Clamour, *RLC*, 2007/12, n°836.



L'organisme allègue l'illégalité de subventions octroyées par le préfet de la Meuse à l'*Office National des Forêts* en vue de la réalisation d'un schéma directeur départemental. S'estimant lésée, la requérante avance la responsabilité pour faute de l'État, notamment par référence à un avis antérieur de l'Autorité<sup>153</sup>. À contre-pied de cet avis, la Cour rappelle, à la lumière du principe de spécialité, que l'activité de l'*ONF* entre bien dans le cadre de ses attributions<sup>154</sup>. Concernant plus précisément la violation des règles de concurrence (L 420-1 et 2 du code de commerce), la Cour se contente d'indiquer: «(...) *il est vrai que, par un avis du 31 mars.2005, le Conseil de la concurrence a porté une appréciation critique sur le fonctionnement général du marché de l'ingénierie forestière, notamment dans les années ayant suivi les tempêtes de 1999, ainsi que celui des coopératives forestières et rappelé aux centres régionaux de la propriété forestière les limites de leurs compétences posées par l'article L.221-1*». Pour autant, la Cour administrative juge le comportement de l'*ONF* conforme aux «*conditions d'une concurrence loyale entre prestataires publics et privés sur le marché de l'ingénierie forestière*»<sup>155</sup>. Hormis la référence directe ou indirecte aux avis, le juge administratif opte aussi pour une stratégie voisine: celle de la réappropriation des catégories concurrentielles.

#### B- Le réinvestissement de catégories concurrentielles

Il n'est pas rare qu'une catégorie du droit de l'Union fasse l'objet d'une interprétation particulière dans la jurisprudence administrative; il en est de même du mode de justification. Cette entreprise de réappropriation conceptuelle vise en réalité à conforter une conception propre de l'opposabilité du droit de la concurrence aux personnes publiques. Peu d'espèces illustrent le propos, mais elles éclairent la tendance, existant depuis maintenant quelques années, à réintroduire une idéologie différente de celle du droit européen.

L'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris* illustre cette affirmation<sup>156</sup>: une ordonnance de décembre 2004 sur les contrats de partenariats institue, dans le cadre

---

<sup>153</sup> Avis 05-A-06 du 31 mars.2005 *relatif à une demande d'avis de la Compagnie nationale des ingénieurs et experts forestiers bois (CNIEFEB)*

<sup>154</sup> CAA Nancy, 5 avr.2007, *Compagnie Nationale des ingénieurs et experts forestiers et experts en bois op.cit.*, v. dans le même sens, en matière de principe de spécialité: CE, avis, 7 juil.1994, *Diversification d'EDF et de GDF, GACE*, n°31.

<sup>155</sup> Dans le même sens mais quelque peu différent: CE, 18 juil.2008, *Société Nationale des Chemins de Fer Français*, n°291602 où le juge administratif s'écarte d'un avis 08-A-02 rendu le 25 févr.2008 *relatif à une demande de l'Union des transports publics concernant le tarif de transport de l'électricité TURP 2*

<sup>156</sup> CE ass, 31 mai.2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, Rec.p.272, concl. D. Casas, *AJDA*, 2006, p.1592; note G. Eckert, *CMP*, juil.2006, comm. n°202; obs. F. Rolin, *CCC*, 2006, comm. n°188; note M. Bazex,

d'objectifs d'évaluation, un organisme expert chargé d'accompagner les personnes publiques dans la négociation et le suivi des contrats de partenariat; cette fonction de conseil entre toutefois en concurrence avec certaines activités réalisées par des personnes privées<sup>157</sup>. L'examen de la légalité de l'ordonnance est porté devant le juge administratif au motif qu'elle enfreint la liberté du commerce et de l'industrie: selon la requérante, il ne fait aucun doute que les activités de la mission d'appui entrent dans le champ des activités concurrentielles.

Le Conseil d'État n'abonde pas dans ce sens et écarte le moyen en ces termes: *«qu'en chargeant la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat d'apporter aux personnes publiques qui le lui demandent un appui dans la préparation, la négociation et le suivi des contrats de partenariat, l'article 2 du décret attaqué s'est borné à mettre en œuvre la mission d'intérêt général, qui relève de l'État, de veiller au respect, par les personnes publiques et les personnes privées chargées d'une mission de service public, du principe de légalité ; qu'en particulier, en prévoyant que cet organisme peut fournir un appui dans la négociation des contrats, le décret attaqué n'a pas entendu permettre à cette mission de les négocier en lieu et place d'une personne publique contractante autre que l'État; qu'ainsi, aucune des attributions confiées à la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat n'emporte intervention sur un marché»*. Comme l'ont noté nombre de commentateurs, l'arrêt crée une dichotomie catégorielle entre les activités «hors marché» et celles qui «s'exercent sur un marché».

Un tel glissement terminologique semble aller dans le sens de la jurisprudence de l'Union<sup>158</sup> et rappelle à l'évidence les justifications qui sous-tendent la qualification d'activité économique. Mais l'analogie reste superficielle dans la mesure où il n'est pas sûr, dans l'arrêt,

---

DA, n°8, août.2006, comm. n°129. La même terminologie se retrouve dans l'arrêt CE, 6 avr.2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, n°284736, note M. Bazex, S. Blazy, DA, n°6, juin.2007, comm. n°95; note M. Karpenschif, JCP A, n°19, 7 mai.2007, p.2111. Pour une position similaire: CE, 3 mars.2010, *Département de la Corrèze*, n°306911, concl. N. Boulouis, AJDA, 2010, n°17, p.957-961; note G. Eckert, CMP, 2010, n°4, p.23-25; note P. Idoux, JCP A, 2010, n°25, p.35-36; chron. S. Nicinski, E. Glaser, P-A. Jeanneney, AJDA, 2010, n°22, p.1251-1253; note C. Prebissy-Schnall, CCC, n°5, p.31-32; on retrouve encore le même raisonnement qui aboutit à déroger aux règles de concurrence dans l'arrêt: CE, 20 avr.2005, *Conseil national des professionnels de l'automobile*, n°260779, note G. Glamour, RLC, n°4/2005, p.51-52. Pour une illustration récente d'une telle position: CE, 28 mai.2010, *Sté Enfencefnance*, n°328731, note G. Eckert, «Notion d'activité économique», CMP, n°8, août.2010, comm. n°268. En comparaison: Déc. 10-D-24, du 28 juil.2010, *relative à des pratiques mises en œuvre par la Caisse Nationale des Allocations Familiales*. En comparaison:

<sup>157</sup> Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, ratifiée par la loi n°2004-1343 du 9 déc.2004 de simplification administrative.

<sup>158</sup> V. développements infra. Il faut rappeler de plus, que cet arrêt vient assouplir les conditions d'intervention des personnes publiques sur le marché au regard de la liberté du commerce et de l'industrie. Les critères cumulatifs d'intérêt public et d'une carence d'une initiative privée, sont substitués à ceux du seul intérêt public.

que l'activité de la mission d'appui puisse être conforme à la jurisprudence de la Cour<sup>159</sup>: d'abord, cette activité n'est liée à l'exercice d'aucune prérogative de puissance publique; ensuite, au regard du raisonnement par analogie utilisée dans la qualification «d'entreprise», l'activité litigieuse s'avère potentiellement en concurrence avec d'autres opérateurs privés<sup>160</sup>.

Un arrêt du même ordre estime, à la différence de la jurisprudence de la Cour, que la convention signée entre *l'UNCAM* et les organisations syndicales de médecins échappe aux règles de concurrence<sup>161</sup>. Le Conseil d'État omet toutefois, dans cette affaire, de procéder à un examen détaillé de chacune des activités du régime en cause<sup>162</sup>. Il juge de manière lapidaire que les caisses du régime général de sécurité sociale mettent en œuvre un principe de solidarité, lequel échappe à la qualification «d'activité d'entreprise». Dans cette même affaire, le Conseil se livre aussi à une interprétation différente de l'article L 420-4, qui permet d'échapper au champ d'application du droit de la concurrence dès l'instant où une pratique anticoncurrentielle découle de l'application directe d'un texte législatif et réglementaire. Tandis que l'Autorité interprète strictement cette disposition, le Conseil d'État en fait une lecture plus large<sup>163</sup>.

Cette tendance à se réappropriier l'interprétation du droit européen se confirme plus nettement encore dans l'arrêt *IGN*<sup>164</sup>. Un décret modifiait le statut et les missions de *l'Institut Géographique National* (ci-après *IGN*), établissement public administratif. Les dispositions litigieuses attribuaient à *l'IGN* un droit exclusif de «*décrire, d'un point de vue géométrique et physique, la surface du territoire national et l'occupation de son sol, d'en faire toutes les représentations appropriées et de diffuser les informations correspondantes (...) à titre complémentaire et conformément au principe de spécialité, l'Institut peut concevoir et commercialiser, dans le respect des règles de concurrence, tout produit ou service à partir des données recueillies dans le cadre de ses missions de service public.*»

Ce droit s'étendait en outre à la constitution d'une base de données, en l'occurrence le *RGE*. Il s'agissait, plus précisément, d'un «*(...) un système intégré d'informations*

---

<sup>159</sup> V. à titre de comparaison: TPICE, 12 déc.2006, *SELEX Sistemi Integrati Spa*, aff.T-155/04, Rec.2006, p.II-4797; note L. Arcelin, «Être ou ne pas être une entreprise. C'est la question...», *RLC*, 2007, n°11, p.21-24; CJCE, 26 mars. 2009, *SELEX Sistemi Integrati Spa c/ Commission*, aff. C-205/03 P, Rec.2009, p.I-2207

<sup>160</sup> CJCE, 23 avr.1991, *Höfner et Elser c/ Macroton*, aff.C-41/90, Rec.p.I-1979

<sup>161</sup> CE, 29 oct.2009, *Le LEEM (les entreprises du médicament)*, n°306449, note G. Clamour, *RLC*, n°1/2009; de façon analogue: CE, ord. 29 oct.2009, *Sté Enfanceconfiance*, n°331135

<sup>162</sup> Par ex, CJCE, 5 mars.2009, *Kattner Stahlbau GmbH c/ Maschinenbau*, aff.C-350/07, Rec.2009, p.I-1513; concl. J. Mazák, présentées le 18 nov.2008.

<sup>163</sup> V. développements supra Section 1.

<sup>164</sup> CE, 26 janv.2007, *Syndicat professionnel de la Géomatique*, n°276928; note G. Clamour, *RLC*, 2007, n°11; note S. Nicinski, *AJDA*, 2007, p.441. V. aussi, CE 27 juil.2001, *CAMIF*, Rec.53; CE 24 sept.2003, *CAMIF*, n°240604; CE, 30 avr.2003, *Union nationale des industries de carrières et des matériaux de construction*, note P.-L. Frier, *AJDA* 2003, p.1508.

*géographiques de précision métrique couvrant l'ensemble du territoire national, dénommé "référentiel à grande échelle" (RGE) et composé de quatre bases de données, numérisées et interopérables.»* L'article 106 a donc été soulevé comme moyen devant le juge. Cet article dispose que *«Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité (...).»*

De jurisprudence constante, la Cour rappelle que le §1 ne peut bénéficier d'une lecture autonome<sup>165</sup>; à plusieurs reprises d'ailleurs, le juge administratif est allé dans ce sens<sup>166</sup>. L'article 106 trouve à s'appliquer dans deux cas de figure: l'extension sans nécessité objective d'un droit exclusif et l'usage abusif susceptible d'en résulter<sup>167</sup>. Les dérogations à l'article 106 sont ainsi strictement interprétées par la Cour<sup>168</sup>: l'identification d'un service d'intérêt économique général n'est pas suffisante pour justifier l'octroi d'un droit exclusif, il faut encore démontrer sans cet octroi, que l'accomplissement de la mission d'intérêt économique général est impossible.

La jurisprudence *IGN* du Conseil inverse le raisonnement. Le juge qualifie d'abord le *RGE* de service d'intérêt économique général: le *RGE* *«(...) répond à des besoins propres de l'État, notamment en matière de défense nationale et de prévention des risques, en sorte que sa réalisation est nécessaire à la conduite des missions d'intérêt général assurée pour l'État et ses établissements publics.»* Dans un second temps, le caractère nécessaire et proportionné du droit exclusif est examiné. Ce qui revient à y déroger d'abord avant par la suite d'en examiner la proportionnalité<sup>169</sup>.

---

<sup>165</sup> Ce principe est rappelé dans un arrêt de la Cour: CJCE, 19 avr.2007, *Asemfo*, aff. C-295/05, Rec. p.I-2999

<sup>166</sup> CE, 8 nov.1996, *FFSA*, Rec. p.441; CE, 29 juil.2002, *CEGEDIM c/ INSEE*, Rec.p.280; CE, 12 juin.1996, *Sté Christ et Fils*, Rec.p.223; CE, 5 mars.20003, *Sté Immaldi*, n°225470, note L. Idot, *Europe*, juin.2003, com. n°213; CE, *Syndicat des industries de matériels audiovisuels électroniques*, n°229447, Rec.p.719; CE, 7 juil.2000, *FFSA*, Rec.p.873; CE, 21 mai.2008, *SNRH, SOMAR*, n°291115, 291210, 291247

<sup>167</sup> Pour une illustration: CJCE, 19 mars. 1991, *France c/ Commission*, aff.C-202/88, Rec.p.I-1223; CJCE, 13 déc.1991, *RTT*, aff.C-18/88, Rec.p.I-5941; CJCE, 5 oct.1994, *Centre d'insémination de la Crespelle*, aff. C-323/93, Rec. p.I-5077; CJCE, 8 juin.2000, *Carra e.a.*, aff.C-258/98, Rec.2000, p.I-4217, note J. Vialens, *Gaz. Pal.*, juil.2001, n°206-207; CJCE, 23 avr.1991, *Höfner et Elser*, aff.C-41/90, Rec. p.I-1979; CJCE, 10 déc.1991, *Merci Convenzionali*, aff. C-170/90, Rec.p.I-5889; CJCE, 17 juil.1997, *GT-Link*, aff.C-242/95, Rec.p.I-4449; CJCE, 17 mai.1994, *Corsica Ferries*, aff. C-18/93, Rec. p.I-1783

<sup>168</sup> CJCE, 21 mars.1974, *BRT*, aff.C-127/73, Rec.p.313; CJCE, 17 juil.1997, *GT-Link*, *op.cit.*

<sup>169</sup> En comparaison: Avis 04-A-12, du 30 juin.2004 *relatif à un projet de décret modifiant les missions exercées par l'institut géographique national (IGN)*; Avis 97-A-10, du 25 févr.1997, *relatif à une demande d'avis présentée par le groupement des éditions de la presse nautique portant sur des questions de concurrence soulevées par la politique éditoriale du service hydrographique et océanographique de la Marine*; CE, 26 mars. 1997, *Association française des banques*, n°163098, Rec.p.110; Avis 96-A-12, du 17 déc.1996 *relatif à une demande d'avis de la Commission des finances du Sénat concernant les conditions de concurrence prévalant dans le système bancaire et de crédit français*; CE, 27 juil.2001, *Coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle des instituteurs de France, (CAMIF)*, n°218067; Avis, 96-A-13, du 17 déc.1996 *relatif à une demande d'avis de la cour d'appel de Paris*; CE, 30 avr.2003, *Union Nationale des industries de carrières et de*

Dans le domaine de l'urbanisme commercial, le juge administratif n'hésite pas à apporter à l'interprétation du droit des pratiques anticoncurrentielles nombre de tempéraments. En effet, l'octroi d'autorisation de la Commission nationale d'équipement commercial (ci-après *CNEC*) peut, en certaines circonstances, renforcer la position dominante d'entreprises déjà en situation concurrentielle avantageuse. Ce pouvoir de marché est susceptible d'être contrebalancé sous réserve que l'autorisation administrative nécessaire soit accordée à une entreprise concurrente. Le juge peut aussi faire le choix de ne pas se contraindre par la référence aux catégories du droit des pratiques anticoncurrentielles. Sans se référer expressément à l'article 102 TFUE, il annule la motivation d'un refus de la *CNEC* au motif qu'elle «*mettrait fin à la position dominante de l'enseigne Leclerc dans la région et permettrait la création de plus de 300 emplois*»<sup>170</sup>. Est légale, à l'inverse, l'autorisation qui n'a pas pour effet d'avaliser un comportement abusif de la part de l'entreprise qui en est bénéficiaire<sup>171</sup>.

À travers les décisions précédentes, on a pu voir l'usage subversif que fait le Conseil d'État des catégories ainsi que du raisonnement du droit européen. On a tenté de montrer de quelle façon le juge administratif use du vocabulaire concurrentiel afin d'en rendre conforme le droit administratif ou de s'affranchir du droit européen. La référence au vocabulaire concurrentiel peut soit relever d'une stricte conformité, soit encore se détacher d'interprétations d'autorités concurrentes. Il reste, dans toutes ces hypothèses, que le juge administratif se place sur le même terrain terminologique que le droit européen. Et l'on a vu combien cette similitude n'était qu'apparente. Des stratégies différentes plus classiques existent qu'il convient maintenant d'envisager.

---

*matériaux de construction (UNICEM)*, Rec.p.191, note M. Bazex, S. Blazy, *DA*, 2003, n°164; Avis 98-A-07, du 19 mai. 1998 *relatif à une demande d'avis sur l'application des règles de concurrence, tant nationales que communautaires, aux opérations de fouilles archéologiques préventives*; CE, 24 avr.1992, *Union Nationale des fédérations d'organismes HLM*, Rec.p.191

<sup>170</sup> Dans le même sens: CE, 27 mai.2002, *Guimatho*, n°229187, 229188, 230188, 230503 et 230506; CE, 19 juin.2002, *CCI Montpellier*, n°221688 et 223044; CE, 17 mai. 2006, *Commune de Hauneau*, n°277966, 278082, 278097, 277753

<sup>171</sup> CE, 15 nov.2006, *Société Civile Immobilière la Grize*, n°278047, note N. Marty, *RLC*, 2007, n°10; CE, 10 juil.2006, *EURL Tom Pouce*, n°280027; CE, 12 oct.2009, *Sté SODILANG et autres*, n°315583, 315655, 315743, 315878

## **Paragraphe 2:** Les sources classiques du bloc de légalité administrative: l'économie des moyens pour une économie de justification

Il faut ici distinguer les cas dans lesquels le juge administratif fait usage de catégories alternatives ou plus généralement des libertés économiques (A), de ceux où il se réfère très classiquement aux principes généraux du droit (B).

### A- La production de catégories concurrentes et les libertés économiques

Recourir à des catégories différentes voire à des principes autres que ceux du droit européen conforte la position idéologique précédemment évoquée du Conseil d'État<sup>172</sup>. C'est un moyen commode de contenir la vulgarisation du droit de la concurrence dans le contentieux administratif. En effet, alors même qu'une application du droit de la concurrence resterait possible, le juge emprunte parfois une voie différente; il puise pour ce faire, dans les ressources alternatives que lui procure la référence au bloc de légalité administrative. Une première stratégie est celle qui consiste à produire des catégories concurrentes de celles du droit de la concurrence. Par exemple, dans l'arrêt *Campenon-Bernard*, le juge administratif déduit une qualification alternative par référence à une décision de l'Autorité de la concurrence<sup>173</sup>.

À la suite d'une entente pour l'attribution d'un marché public, la *SNCF*, maître d'ouvrage, saisit le juge pour engager la responsabilité quasi délictuelle d'un certain nombre d'entreprises attributaires. Deux possibilités se présentaient alors pour obtenir réparation: soit, conformément à la qualification d'entente, démontrer devant le juge judiciaire l'existence d'un dommage concurrentiel; soit déduire effectivement de cette qualification d'entente une faute en se plaçant cette fois-ci sur le terrain de la responsabilité en matière de travaux publics. Et c'est précisément cette seconde voie vers laquelle s'est dirigé le juge.

En accueillant le «*dol concurrentiel*» comme fait générateur du préjudice, le Conseil d'État conforte non seulement sa compétence, mais aussi son pouvoir discrétionnaire dans la

---

<sup>172</sup> V. Chap.1 supra.

<sup>173</sup> CAA Versailles, 22 janv.2008, *SAS Nutricia France*, n° 06VE02693; CAA, Paris, 17 avr.2007, *SNCF*, n° 05PA04371; CE, 19 déc.2007, *Sté Campenon-Bernard et autres*, n°268918, 269280, 269293; CE, 19 mars.2008, *Sté Dumez et autres*, n°269134, 269248, 269281, 269308,269312; CE, 19 mars. 2008, *Sté Fougereolle-Ballot*, n°270535, note A. Antoine, *RLC*, 2008, n°15, p.54-58; note, S. Braconnier, *RDP*, 2008, n°14, p.1159-1192; note J-D. Dreyfus, *AJDA*, 2008, n°15, p.814-819; note G. Eckert, *CMP*, n°3, 2008, p.23-26; note J. Gordou, P. Terneyre, *RJEP*, 2008, n°653, p.16-20; note J. Martin, *JCP G*, 2008, n°24, p.38-41; note J. Rochfeld, *RDC*, 2008/3, p.671-675.

détermination du préjudice. Partant, le juge s'épargne la démonstration d'un dommage résultant d'une pratique anticoncurrentielle tel que défini par le droit européen<sup>174</sup>: la qualification de dol concurrentiel se pose en alternative de celle de dommage résultant de pratiques anticoncurrentielles. Elle a pour avantage de faire échapper le juge français aux contraintes du vocabulaire économique européen.

À cette première possibilité, s'en ajoute une autre, plus classique, qui permet de contourner l'application du droit de la concurrence par la référence au bloc de légalité administrative<sup>175</sup>. Les normes créées à cette occasion de façon prétorienne et qualifiées usuellement de libertés économiques, constituent un moyen de s'affranchir de l'orthodoxie du droit européen. Les libertés économiques sont par excellence le terrain où le juge retrouve l'entière liberté de redéfinir les contours de l'opposabilité du droit de la concurrence aux personnes publiques. Les déclinaisons dont ces principes font l'objet, ne modifient en rien leurs usages: qu'il soit question de «*règles édictées pour le respect de la libre concurrence*»<sup>176</sup>, de «*règles de la concurrence*»<sup>177</sup>, du «*libre exercice de la concurrence*» ou de la «*libre concurrence*»<sup>178</sup>, l'ensemble de ces expressions donne pleine liberté au juge d'opposer une certaine interprétation du droit de la concurrence aux personnes publiques. La fonction de tels principes est double: ils peuvent d'une part servir à protéger l'exercice de la concurrence entre entreprises. Ils peuvent aussi d'autre part, être pondérés à des intérêts qui échappent à cet impératif de protection du marché.

La protection de la concurrence est rappelée dans la jurisprudence *Somatour*<sup>179</sup>. En l'espèce, un arrêté préfectoral modifie le règlement de police d'un port de plaisance dans le but d'ouvrir l'accès à d'autres navettes. Jugée légale par le Conseil d'État, la décision a été justifiée comme suit: la «*mesure décidée par le préfet était justifiée par la nécessité de*

---

<sup>174</sup> V sur cette question, Chapitre 2, Titre 1, supra.

<sup>175</sup> CE, 1<sup>er</sup> avr.1998, *Union Hospitalière privée et fédération intersyndicale des établissements d'hospitalisation privée*, Rec.p.114; TA Besançon, 22 juil.1999, *Cne de Boussières*, n°9702032; CAA Nantes, 4 mai.2010, *EURL Photo Josse*, n°09NT00705

<sup>176</sup> CE, 8 déc.2000, *Union Syndicale Géothermique*, n°81799, note P. Soler-Couteaux, *CMP*, juin.2002, comm. n°65.

<sup>177</sup> CE, 10 avr.2002, *SARL Somatour*, n°223100; CE, 30 juin.2004, *Département de la Vendée*, n°250124, note M-C. Rouault, *JCP A*, 2004, n°1712; note S. Nicinski, *AJDA*, 2004, p.2210; note N. Charbit, *AJDA*, 2004, p.2309; note S. Destours, *RLC*, 2004, n°1, p.50

<sup>178</sup> CE, 30 avr.2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*, Rec.p.189; l'invocation de la libre concurrence s'accompagne parfois du principe d'égalité: CE, 20 avr.2005, *Conseil national des professions de l'automobile*, Rec.p.772

<sup>179</sup> V. développements supra.

*prendre en compte la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de concurrence dans l'intérêt d'une meilleure utilisation des ouvrages publics*»<sup>180</sup>.

En matière de référés, la passation d'un marché peut aussi être suspendue en ce qu'elle porte atteinte à la libre concurrence<sup>181</sup>. Lorsqu'une clause stipule que les géomètres-experts, au regard de leur monopole légal, sont seuls habilités à soumettre à un appel d'offres, le juge considère que cette restriction de concurrence porte atteinte à la libre concurrence<sup>182</sup>. Récemment, la Haute juridiction a jugé qu'un arrêté de police qui affecte les «*activités de production, distribution et service*», les «*règles de concurrence*» et la «*liberté du commerce et de l'industrie*» est manifestement disproportionné à l'objectif poursuivi<sup>183</sup>.

Plus fréquemment, les principes servent aussi à déroger à la protection de la concurrence. Dans ce cadre, la création d'un service communal de réhabilitation des installations d'assainissement est jugée conforme à la liberté du commerce et de l'industrie. Cette solution est justifiée par le maintien de «*l'équilibre financier global du service d'assainissement non collectif assuré par cette collectivité et par la satisfaction des usagers qui pourront confier à un seul prestataire s'ils le souhaitent, l'ensemble des prestations relatives au contrôle, à l'entretien et à la réhabilitation de leurs installations (...) dans l'intérêt de l'hygiène et de la salubrité publique (...)*»<sup>184</sup>. Pour reprendre B. Faure, la solution opère une «*économie de justification*»<sup>185</sup> dans la mesure où le juge s'est abstenu de répondre aux moyens tirés de la violation de l'ordonnance de 1986<sup>186</sup>. Ainsi, la violation du principe

---

<sup>180</sup> CE, *SARL Somatour*, *op.cit.*, in G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op.cit.*, p.341-342; note C. Boiteau, *JCP G*, 2002, n°40, p.1729-1736; note P. Delelis, *CMP*, n°6, 2002, p.25-26; CE, 27 juin.2007, *Syndicat de défense des conducteurs parisiens du taxi*, note M. Bazex, S. Blazy, *DA*, n°8, août. 2007, comm. n°129. Pour une illustration récente: CE Ord, 13 nov.2009, *Sté SMP technologie*, n°332541, note S. Destours, G. Clamour, *RLC*, 2010, n°22, p.53-56.

<sup>181</sup> CE Ord, 30 juin.2004, *Ministre de l'équipement, des Transports, du logement, du tourisme et de la Mer*, n°261919. La passation des marchés peut aussi porter atteinte à la liberté d'entreprendre: CE, ord.12 nov.2001, *Cne de Montreuil-Bellay*, n°239840; CE, 6 sept.2006, *Cne d'Ota*, n°296912; CE Ord, 2 juil.2003, *Commune de Collioures*, n° 257971, *AJDA*, 2003, p.2218, note J.-P. Markus; CE, 30 nov.2005, *Syndicat des médecins d'Aix et région et autres*, n°278291, 278969, 279320, 279345, 279438. Mais la jurisprudence récente *Corsica Ferries* paraît empêcher définitivement que le juge des référés connaisse des moyens tirés de la violation des règles de concurrence notamment: «*(...) de la méconnaissance éventuelle des dispositions de l'article L 420-2 du code de commerce*», CE, 5 juin.2007, *Sté Corsica Ferries*, n°305280. V. en ce sens, CE Ord, 28 juil.2008, *Association pour la promotion de l'image et autres*, n°317878; CE, 23 oct.2008, *Sté Rue du Commerce*, n°320383

<sup>182</sup> Par une voie différente aboutissant à une solution similaire: Avis 00-A-15 du 13 juin.2000 *relatif à une demande d'avis de la Chambre syndicale des géomètres topographes portant sur la restriction d'exercice de leur activité professionnelle dans le domaine des études topographiques et des documents cadastraux*. Dans le même ordre d'idées: CE Ord, 15 déc.2006, n°298618, *Sté Corsica Ferries*, *AJDA*, 2007, note J.-D. Dreyfus, p.185; *BJCP*, 2007, concl. D. Casas, p.116; obs. G. Eckert, *CMP* 2007, comm. n°53.

<sup>183</sup> CE, 15 mai.2009, *Société Compagnie des bateaux-mouches*, *AJDA* 2009, p.1015, note G. Clamour, *RLC*, 2009, n°20, p.58-59; note S. Nicinski, *AJDA*, 2009, p.1815-1817.

<sup>184</sup> CE, 23 mai. 2003, *Communauté de commune d'Artois-Lys*, obs. B. Faure, *RFDA*, 2004, p.299-305.

<sup>185</sup> Au sens d'économie des motifs.

<sup>186</sup> CE, 16 juin.2004, *Sté Laboratoire de biologie végétale Yves Rocher*, n°254172; CE, 7 juil.2008, *Communauté de communes de Verdun*. Dans le même sens: CE, 6 oct.2000, *Sté Pernod-Ricard*, *RFDA*, 2001, concl. Touvet;



d'égalité emporte des effets sur le libre jeu de la concurrence<sup>187</sup>. Dans une autre affaire, le juge préfère substituer la «théorie» des infrastructures essentielles à la libre concurrence<sup>188</sup>. Toutes ces hypothèses accréditent l'idée que le terrain des principes affranchit le juge de la contrainte des catégories du droit de l'Union<sup>189</sup>.

B- Référence au principe d'égalité et maintien d'un contrôle minimum dans de nombreux domaines

On l'a vu, la libre concurrence a souvent pour corollaire l'égalité formelle entre concurrents<sup>190</sup>, ce qui explique amplement que le principe d'égalité soit invoqué par substitution aux catégories du droit des pratiques anticoncurrentielles<sup>191</sup>. L'arrêt *Compagnie Air France* représente l'archétype de cette stratégie<sup>192</sup>. Dans le but de faire face à la concurrence internationale et d'attirer davantage de compagnies aériennes sur le marché du fret, Aéroports de Paris (ci-après *ADP*) a, dès 1994, modifié le montant de ses redevances. Ces modifications tarifaires étaient avantageuses pour les compagnies affrétant une quantité allant jusqu'à 300000 tonnes; au-delà, le montant des redevances restait inchangé. Il s'avère qu'*Air France* avait de loin un tonnage supérieur au nouveau plafond. S'estimant lésée, la compagnie excipe de la décision d'*ADP*, la violation tant du principe d'égalité que des articles 102, 106 TFUE et 8 de l'ordonnance de 1986. Dans ses conclusions conformes<sup>193</sup>, le rapporteur, après avoir estimé l'examen des moyens relatif à la violation des règles de

---

CAA Bordeaux, *Commune de Bayonne*, n°01BX02625, note P. Quilichini, *AJDA*, 2003, p.1232; CAA Douai, 16 nov.2004, *Sté Autoforum du particulier*, n°01DA00715; CE, 20 oct.2004, *Sté Bayer Pharma*, n°256899; CE, 25 juil.2008, *Fédération Nationale de l'aviation marchande (FNAM) et Syndicat des compagnies aériennes autonomes (SCARA)*, n°290726, note P. Houédanou, *Gaz. Pal.*, n°659, 2008, p.24-28; concl. F. Lenica, *RJEP*, n° 659, 2008, p.24-28. V. en comparaison: Avis 05-A-15, du 11 juil.2005 relatif au projet de décret relatif aux redevances pour services rendus sur les aéroports modifiant les articles R.224-1 à R224-5 du code de l'aviation civile; Avis 10-A-04, du 22 févr. 2010, relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et infrastructures (AMCRI) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français

<sup>187</sup> CE, 11 juil.2007, *Laboratoires Glaxosmithkline*, n°290969

<sup>188</sup> CE, 30 juin.2004, *Département de la Vendée*, note Nicinski, *AJDA*, p.2210; dans le même sens: CE, sect., *Sté Scoot France et Sté Fonecta* 11 juin.2004, n°249300 et n 249700, note M. Bazex, *DA*, n°8, août 2004, comm. n°134.

<sup>189</sup> CE, 20 oct.2004, *Sté Bayer Pharma*, n°256899, CE 23 août.2005, n°283266, *Association française des opérateurs de réseaux et des services de télécommunication*; CE 23 juil.2007, n°307055, *Syndicat des vignerons de l'Hérault vinification en cave particulière*; CE 14 avr.2005, *Sté Pélimes*, n°279001

<sup>190</sup> V. développements Section 1 supra.

<sup>191</sup> Par ex, s'agissant d'une rupture d'égalité justifiée par la violation de la liberté du commerce et de l'industrie, CE, 3 nov.1997, *Sté Top Loisirs Guy Merlin*, n°156675; CAA Bordeaux, 29 avr.2003, *Département des Landes*, n°99BX00418. Le principe d'égalité peut tout autant être invoqué de façon consubstantielle avec la libre concurrence: CE Ord, 15 déc.2006, n°298618, *Sté Corsica Ferries*, *op.cit.*

<sup>192</sup> CE, 13 oct.1999, *Compagnie Nationale Air France c/ Aéroports de Paris*, n° 193195, 193196,193197, 193412

<sup>193</sup> Concl. J. Arrighi De Casanova, *AJDA*, 2000, p.86-91.

concurrence «subsidiaries», invite les juges à axer exclusivement leur raisonnement sur la violation du principe d'égalité<sup>194</sup>.

Le même raisonnement s'observe s'agissant d'un recours de la *Fédération nationale des Taxis* à l'encontre d'un arrêté pris par le maire de la commune de Vannes. L'arrêté, qui restreint aux taxis extérieurs à la commune l'accès à la gare, est jugé illégal eu égard aux règles classiques de police administrative<sup>195</sup>. Notons que la violation des règles de concurrence, invoquée pourtant comme moyen devant le juge, est purement et simplement écartée. La technique de l'économie des moyens peut efficacement servir à contourner l'application des règles de concurrence<sup>196</sup>.

On a coutume de tenir pour acquise l'idée que le droit de la concurrence aurait irradié l'ensemble du contentieux administratif. L'argument prend sens d'un point de vue qualitatif: il est indéniable que le juge administratif contrôle désormais l'action administrative, – qu'il s'agisse de la police, du domaine, des contrats ou de l'urbanisme, etc. – par référence au droit de la concurrence<sup>197</sup>. Il faut en revanche insister sur le fait que l'affirmation n'est que partiellement vraie. D'un point de vue quantitatif, c'est-à-dire si l'on compare les moyens avancés à leur recevabilité on ne peut qu'observer un décalage frappant. Et ce, en dépit du fait que les jurisprudences *Eco Swiss* et *Manfredi*<sup>198</sup> fassent obligation au juge national de relever d'office les articles 101 et 102 TFUE comme des moyens d'ordre public<sup>199</sup>.

Conformément à sa jurisprudence *Morgane*, qui le conduit à refuser de considérer l'incompatibilité d'un texte de droit national avec le droit européen comme un moyen d'ordre public, le Conseil d'État ne paraît pas s'être engagé dans la voie suggérée par la Cour de justice<sup>200</sup>. Il est manifeste, dans de nombreux arrêts, qu'en dépit de moyens tirés de la violation des articles L 420-1, 420-2, 101 ou 102 TFUE, le juge continue de ne même pas les examiner en dépit parfois, de dispositions textuelles expresses: dans le domaine de

---

<sup>194</sup> Dans le même sens: TA Paris, 7 juin.2004, *Sté Amelot Roissy Hôtel*, n° 9900399, note M. Bazex, *DA*, janv.2005, n°1, comm. n°8.

<sup>195</sup> CE, 6 juin.2001, *Commune de Vannes*, Rec.256, note A. Laget Anameyer, *CJEG*, 2002, v. dans le même sens: CAA Nantes, 28 juin.2002, *Sté Vedettes Inter-Iles Vendéennes*, note J-F. Millet, *AJDA*, 2002, p.908; CE Ord, 13 nov.2009, n°332541, *Sté SMP Technologies*, note G. Marson, *CCC*, n°1, janv.2010, comm. n°20.

<sup>196</sup> CE, 29 mai 1963, *Min. santé publ. et population c/ M*, Rec.CE, 1963, p.334; CE ass, 9 nov.1973, *M. et a*, Rec. CE 1973, p.627; CE, 8 juin.1994, n°147043

<sup>197</sup> G. CLAMOUR, *Concurrence et intérêt général. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006.

<sup>198</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> juin.1999, *Eco Swiss*, aff.C-126/97, Rec.p.I-3055, pts.39-40; CJCE, 13 juil.2006, *Vicenzo Manfredi*, aff.C-295/04 à 298/04, Rec.p. I-6619, pt.31.

<sup>199</sup> CE, 29 janv.1968, *Vincent*, Rec.p.47. A notre connaissance, seul l'arrêt *OGF* paraît se plier à cette obligation sans toutefois se référer explicitement à la jurisprudence communautaire: CE, 17 oct. 2008, *Sté OGF*, n°293220, concl. F. Seners, *AJDA*, 2009, p.57-60.

<sup>200</sup> CE, 6 déc.2002, *Maciolak*, Rec.p.426

l'audiovisuel ou celui des secteurs en réseaux par exemple<sup>201</sup>. Bien que soulevé, le moyen ne fait généralement l'objet que d'un contrôle restreint.

Un premier cas de figure est celui dans lequel, de façon péremptoire, conformément à l'étendue de son contrôle, le juge écarte de manière laconique le moyen tiré de la violation du droit de la concurrence<sup>202</sup>. Le contrôle d'un arrêté qui organise la collecte de pneumatiques usagés par les producteurs en témoigne<sup>203</sup>. Devant le juge, l'arrêté, qui autorise pourtant l'institution d'un groupement de producteurs, n'est pas examiné au regard du droit de la concurrence. Selon le juge, le requérant n'est pas fondé à «*soutenir que l'effet combiné de l'institution d'un groupement de producteurs, prévue à l'article 12 du décret du 24 décembre 2002, avec elle de la promesse d'engagement, conduit à un abus de position dominante*».

Le même raisonnement s'applique à un décret, pris en application d'une directive sur l'utilisation d'équipements de travail, qui définit les prescriptions destinées à garantir un meilleur niveau de santé et de sécurité. Le décret précise que les assemblages provenant notamment des «*(...) matériaux constitutifs des éléments d'un échafaudage*» doivent avoir une même origine; dans la mesure où cette disposition impose de s'approvisionner chez un même fournisseur, la question se pose de savoir si elle enfreint le droit de la concurrence.

Le Conseil d'État juge toutefois le moyen inopérant, car la requérante «*n'apporte aucun élément précis de nature à venir étayer cette affirmation (...)*»<sup>204</sup>. Une justification semblable s'applique à la légalité d'un arrêté susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels<sup>205</sup>. On la retrouve encore dans l'examen d'un agrément octroyé au groupement pour la sécurité de l'aviation civile. L'examen du droit exclusif ainsi accordé de même que le grief d'abus automatique de position dominante est écarté de façon lapidaire: «*le*

---

<sup>201</sup> Loi n°86-1067 relative à la liberté de communication du 30 sept.1986; Article L. 32-41 du Code des Postes et Communications électroniques l'autorité publique veille à «*(...) l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseau et les fournisseurs de services de communications électroniques*». Article L 32-1-II à «*(...) la définition des conditions d'accès aux réseaux ouverts au public et d'interconnexion de ces réseaux qui garantissent la possibilité pour tous les utilisateurs de communiquer librement et l'égalité des conditions de la concurrence(...)*».

<sup>202</sup> CE, 19 mai.2008, *Fédération Nationale UFC Que Choisir*, n°311197; CE, 30 nov.2005, *Syndicat d'Aix et région et autres*, *op.cit.*; CE, 3 mars.2010, *Département de la Corrèze*, *op.cit.*

<sup>203</sup> CE, 28 déc.2005, *Section Syndicale des collecteurs carcassiers du syndicat les professionnels du pneu et M. Papachristou*, n°264778, 264779; CE, 5 avr.2006, *Union des commerçants, industriels et artisans d'Uzès et du Gard et autres*, n°269883; CE, 26 janv.2007, *Sté Logidis*, n°278642; CE, 12 févr.2007, *Sté les laboratoires Joly-Jattel et autres*, n°290164, 290217, 290219, 290331, 290653; CE, 13 juil.2007, *Sté Biocodex*, n°291612; CE, 29 oct.2007, *Sté de distribution Noeuxoise (SDN)*, n°297866; CE, 19 mai.2008, *Fédération Nationale UFC Que Choisir*, n°311197; CE, 19 juin.2009, *Sté 118218 Le Numéro*, *Sté Telégate 118000*, n°310454

<sup>204</sup> CE, 20 déc.2006, *Sté Perpignan Echafaudage*, n°273814; CE 18 juil.2008, *SNCF*, n°291602; note S. Nicinski, *AJDA*, 2009, p.551.

<sup>205</sup> CE, 28 déc.2007, *Syndicat National de l'industrie des viandes*, n°297405; CE, 28 déc.2007, *Fédération Nationale de l'industrie et des commerces en gros des viandes*, n°297489

*moyen tiré de ce que l'arrêté agréant le GSAC (...) ne peut qu'être écarté (...)*<sup>206</sup> Les mêmes formules allusives se retrouvent ailleurs en ces termes: «*les dispositions attaquées n'ont ni pour objet ni pour effet de constituer ou favoriser une entente (...)*», les dispositions du décret précité «*ne placent pas directement et nécessairement les entreprises bénéficiaires dans une situation méconnaissant les règles de concurrence posées par l'ordonnance et le traité*»<sup>207</sup>, etc.

Un autre cas de figure est celui dans lequel, en dépit des textes de loi, le juge se borne à n'opérer qu'exceptionnellement un contrôle. La situation s'observe entre autres, dans le contentieux des autorisations administratives délivrées en matière audiovisuelle. Si la loi du 30 septembre 1986 impose de tenir compte lors de ces délivrances «*(...) de la nécessité d'éviter les abus de position dominante*», la Haute juridiction n'exerce en définitive dans ce domaine, qu'un contrôle fort restreint. Quantité d'arrêts témoignent de cette tendance jurisprudentielle lourde de conséquences sur l'immixtion du droit de la concurrence dans le contentieux administratif<sup>208</sup>. Cette politique peut s'interpréter comme une volonté délibérée de contenir l'invasion du droit de la concurrence dans le contentieux administratif. Pour des raisons évidentes qui tiennent à la pérennité d'une certaine idée d'exorbitance dans l'interprétation du droit administratif, le Conseil d'État maîtrise soigneusement la propagation du droit de la concurrence<sup>209</sup>.

**Conclusion du chapitre 2.** On peut avoir le sentiment légitime après une telle analyse, d'un discours jurisprudentiel ambivalent. D'un côté celui d'une conformité au droit européen; d'un autre côté celui d'une certaine continuité de la jurisprudence classique de droit public économique. En fait, tout dépend de l'angle sous lequel on l'aborde. Quoi qu'il en soit, cette ambivalence n'est pas le fruit du hasard: elle est maîtrisée, circonscrite, et soigneusement entretenue de manière à conforter l'idéologie du droit public de la concurrence définie par le Conseil d'État. Là réside sans aucun doute l'explication de l'immobilisme que

---

<sup>206</sup> CE, 25 juil.2008, *Fédération Nationale de l'Aviation Marchande (FNAM) et Syndicat des compagnies aériennes autonomes (SCARA)*, n°290726; CE, 10 avr.2009, *M. BOSSON*, n°255770

<sup>207</sup> CE, 29 sept. 1999, *Syndicat de la presse périodique culturelle et scientifique*, n°186227 et 186346. Dans le même sens: CE, 7 déc. 1992, *Syndicat du commerce moderne de l'équipement de la maison (SYCOMEN) et Sté Conforama* Rec.p.787

<sup>208</sup> CE, 28 juil.1999, *Sté EMAP France et autres*, n°196861, 196859; CE, 17 nov.1995, *Sté Mondial Moquette*, n°159.226, 158088, 158085, 158086, 158083, 158084, 158081, 158082, 18079, 158078; CE, *Sté Mondial Décor*, n°158621; CE, 16 oct.1995, *Sté Leroy Merlin*, n°158077,158078,158075,158076,158073, 158074,158065,158064; CE, 16 oct.1995, *Syndicat des pharmaciens indépendants de la Réunion*, n°115811; CE, 4 oct.1995, *M. SOLANA*, n°116672 (sur le contrôle exercé par le Conseil d'Etat quant au refus de la DGCCRF d'ouvrir une enquête).

<sup>209</sup> V. en ce sens Chapitre 1 supra.

connaît actuellement le droit public de la concurrence. Depuis les premiers arrêts fondateurs du droit public de la concurrence, le Conseil d'État semble se murer dans un silence assourdissant. À ce titre, rares sont les arrêts qui font explicitement référence à «*l'analyse économique*».

Dans cette stratégie ambiguë, il a été montré que la juridiction administrative dispose de moyens étendus. À cet égard, les intérêts du Conseil d'État ne rejoignent pas systématiquement ceux de la Cour de justice: celui-ci voulant conserver une certaine exorbitance tandis que celle-là s'attache à créer, au profit des justiciables, des obligations dans le but de diffuser le droit de l'Union.

**Conclusion du titre 2.** En se posant en réconciliateur de la concurrence et de l'intérêt général, le Conseil d'État s'est imposé comme le point de passage naturel de l'interprétation du droit public de la concurrence en droit interne. Toutefois, on a vu ce que cette lecture pouvait avoir de partielle dans la mesure où le Conseil d'État s'est lui-même assigné cet office de réconciliateur. En réalité, ce nouvel office tient plutôt dans des considérations qui visent à s'affranchir du droit européen, tout en donnant l'apparence de s'y conformer. Entre les interprètes, la lutte pour le monopole du droit public de la concurrence continue; elle est essentiellement motivée par des enjeux idéologiques comme l'illustre l'examen des différents discours des interprètes européens et nationaux. Il reste, et c'est ce qui importe pour notre propos, que le Conseil d'État a, dans le but de consolider son monopole d'interprétation, joué sur les virtualités que présente la concurrence en l'inféodant aux nécessités de l'intérêt général. Et l'on mesure une nouvelle fois les virtualités idéologiques que recèle l'idée de concurrence exercée dans l'intérêt public.

**Conclusion de la première partie.** Si notre lecteur a saisi l'idée selon laquelle la concurrence constitue une idéologie protéiforme, il est parvenu à saisir en partie l'idée centrale des propos précédents. Mais s'il a plus précisément compris qu'au sein de ce cadre protéiforme, coexistent différentes idéologies elles-mêmes concurrentes, nul doute que l'essentiel de notre démonstration a été assimilé. À la question de savoir ce que recouvre la concurrence en tant que discours politique, on est alors en mesure de répondre: cela dépend. Cela dépend d'une part du contexte; cela dépend d'autre part des mobiles politiques qui priment au sein de ce contexte. Dans le contexte de l'Union, un de ces mobiles consiste à justifier la réalisation du marché commun par la concurrence. Un mobile sensiblement différent consiste, comme le fait le juge administratif en droit national, à se servir de la

concurrence dans le but de justifier une certaine conception de «l'intérêt général». Ce sur quoi nous avons voulu mettre l'accent en définitive, c'est qu'à la question de savoir sur quels fondements repose la concurrence d'un point de vue idéologique, on ne peut se contenter de répondre comme le font nombre d'économistes: l'efficacité ou l'efficacité.

De telles réponses ne renseignent pas sur la complexité des discours qui président à la justification de la concurrence; elles disent plutôt ce vers quoi elle doit tendre. En complément des modèles, le regard du juriste alimente par conséquent cet angle mort et pourtant si fondamental pour comprendre non seulement la complexité du cadre d'action politique des entreprises, mais aussi les justifications qui permettent d'instituer la rivalité entre les acteurs économiques. Et c'est sur ce point que réside l'intérêt d'une analyse du discours des différents interprètes. Bien que protéiformes, les idéologies sous-jacentes à l'exercice de la concurrence donnent un minimum de prévisibilité aux acteurs économiques dont on a vu qu'ils ne sont pas de reste à la définition de son contenu<sup>210</sup>. Plus encore, elles sont assez flexibles pour tolérer que se pérennisent les stratégies concurrentielles de ces mêmes acteurs économiques. C'est ce dernier point qu'il convient maintenant d'analyser plus précisément.

---

<sup>210</sup> M. COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, LGDJ/Montchrestien, 1998; S. RAMIREZ PEREZ, «La mise en œuvre des règles de concurrence du traité de Rome», *E&H*, n°53, 2008/4, p. 100-105.

## Seconde partie: **La concurrence comme rhétorique**

Conformément à notre hypothèse introductive, nous avons démontré dans une première partie de quelle façon les normes remplissent une fonction idéologique dans le but de légitimer l'exercice de la rivalité entre acteurs économiques. Bien que protéiforme, ce cadre idéologique assure la stabilité nécessaire à l'établissement de stratégies concurrentielles. Il est assez poreux et flexible pour admettre nombre de justifications à ces stratégies pour autant qu'elles s'insèrent dans le cadre défini par les interprètes<sup>1</sup>. Sans revenir sur les frontières de cadre, cette seconde partie met en lumière la construction des arguments qui servent à pérenniser les stratégies concurrentielles des acteurs économiques. Elle se propose, en d'autres termes, de dresser le champ des argumentations dans lequel puisent les entreprises et les interprètes<sup>2</sup>. En effet, le langage du droit ne se contente pas de justifier la concurrence en tant qu'institution politique. Outre l'aspect idéologique, les normes s'insèrent dans le quotidien des acteurs économiques: elles fournissent les ressources d'actions nécessaires aux stratégies concurrentielles élaborées par ces acteurs. L'usage et l'élaboration du jargon utilisé en droit de la concurrence méritent, à ce titre, un examen approfondi.

Une nouvelle fois, il convient de s'éloigner du raccourci trop facile que constitue *in abstracto* la référence polysémique au concept de «marché» comme lieu d'exercice de la concurrence. De récents travaux ont montré qu'il existe de façon plus précise, différents lieux spécifiques où s'affrontent les entreprises<sup>3</sup>. D'autres ont mis l'accent sur le rôle des normes dans l'élaboration de stratégies concurrentielles<sup>4</sup>. Ce qui importe finalement, c'est que les normes, outre qu'elles posent un cadre à l'exercice de la concurrence, procurent aux acteurs économiques les moyens nécessaires à cet exercice<sup>5</sup>. C'est là l'idée centrale de cette seconde partie. Le discours des interprètes génère des concepts, des métaphores bref un genre rhétorique qui permet de justifier ou, à l'inverse, d'incriminer une pratique d'entreprise. Ce genre rhétorique si singulier du droit de la concurrence puise au vocable économique.

---

<sup>1</sup> N. PETIT, «Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises. Une approche scénarisée», in A. MASSON, *Les stratégies juridiques des entreprises*, Larcier, 2009, p.281-316; R.P. Mc AFEE, N. VAKKUR, «The Strategic Abuse of Antitrust Laws», *Journ. Strategic.Man.Education*, vol.1, 2004, p.1-18.

<sup>2</sup> Le terme argumentation s'entend ici comme une tentative visant à modifier les représentations de l'interlocuteur. Comme l'indique M. Grize, l'argumentation est une «*démarche qui vise à intervenir sur l'opinion, l'attitude, voire le comportement de quelqu'un*», in P. CHARAUDEAU, D. MAINGUENEAU, *Dictionnaire d'analyse du discours*, Seuil, 2002, p.67.

<sup>3</sup> V. le numéro spécial de la revue *E&H*, consacré au thème des *lieux de concurrence*, n°53, 2008/4.

<sup>4</sup> A. MASSON, *Les stratégies juridiques des entreprises*, Larcier, 2009.

<sup>5</sup> On réfère ici au performatif du langage juridique qu'à développé Searle dans ses travaux: B. SMITH, *John Searle*, Cambridge univ Press, 2003, p.85-101.

Or il convient dès à présent d'être au clair sur un point crucial: le vocable économique dont il est fait usage devant le juge n'est pas celui des économistes<sup>6</sup>. Ce qui veut dire qu'il n'a *d'analyse économique*, que la coquille. Il ne s'agit rien de moins que de classiques raisonnements de juristes<sup>7</sup>. Cette rhétorique est instrumentalisée selon les intérêts des acteurs économiques, des autorités de la concurrence ou du juge, comme moyen de preuve ou comme norme. C'est ce que nous entreprendrons de montrer dans un titre premier (Titre1).

Si l'on admet cette première proposition, il faut alors se demander à quoi réfère l'usage du terme «*analyse économique*». Deux hypothèses sont envisageables: l'une, qui s'éloigne de notre démonstration, consisterait à interpréter l'immixtion de termes ou schèmes conceptuels au sein des normes par conformité avec *l'analyse économique*. C'est-à-dire, en présupposant de l'analogie des concepts, une analogie des discours que, *l'analyse économique*, par son apport conceptuel et doctrinal, viendrait clarifier autant que préciser la compréhension, la rigueur et la cohérence interprétative des normes concurrentielles. Une version plus souple de cette thèse envisagerait de démontrer que *l'analyse économique*, en dépit de ses insuffisances reste, à maints égards, utile pour ne pas dire nécessaire au discours juridique. Cette première posture implique de lier par un rapport de conformité le droit à *l'analyse économique*, en partant du principe que la seconde est sinon à même d'éclairer le premier, du moins de lui apporter les éléments conceptuels nécessaires, voire indispensables à sa mise en œuvre.

Une posture alternative à laquelle on se ralliera volontiers est néanmoins envisageable. Elle consiste, en partant du principe que les normes sont le produit d'actes de volonté, à se demander l'intérêt qu'ont les interprètes à se tourner vers le vocable économique. À partir de là, il est alors concevable de circonscrire le propos au moyen de cette question: qui s'adresse à qui et dans quel but? Ou, différemment, quelle portion du discours économique suscite par certains aspects, l'intérêt des interprètes? Car les interactions qu'entretiennent en ce sens le droit et l'économie donnent naissance à un genre rhétorique qui, derrière un discours d'autorité, dissimule nombre jugements de valeur. Il y a, sous-jacent à l'usage d'un vocable économique, un préjugé scientifique qu'il convient de mettre à nu. Rendre compte par conséquent de la manière dont un certain discours économique parvient à produire à l'intention de la doctrine, du juge, des parties, ou des autorités de la concurrence, nombre de

---

<sup>6</sup> Plus exactement de l'économiste qui adopte une posture scientifique.

<sup>7</sup> L. IDOT, «Réflexions sur l'application de certains principes et notions du droit pénal en droit des pratiques anticoncurrentielles», in *Mélanges en l'honneur de B. Bouloc*, Dalloz, 2006, p.451-487.



justifications qui présentent *l'analyse économique* comme un discours d'autorité scientifique est un point qu'il convient d'aborder dans un second titre (Titre 2).

## TITRE 1: Le cadre normatif

Une singularité du droit de la concurrence tiendrait à l'emploi d'une terminologie fondée sur l'*analyse économique*. L'expression d'*analyse économique* ferait à son tour référence aux raisonnements des économistes. Pour peu que l'affirmation soit vérifiable en droit, quelques précautions méthodologiques s'imposent. Particulièrement quant à la signification des termes économiques dont font usage les interprètes. Car c'est bien l'observation attentive du discours de ces mêmes interprètes qui vient contredire la proposition selon laquelle il s'agirait d'*analyse économique*. Pour savant qu'il paraisse ce discours n'a d'*analyse économique* que la forme. Au risque de décevoir, les catégories produites sont des plus classiques: elles fondent soit une règle de compétence, soit encore délimitent, par analogie au droit pénal, un champ matériel d'infraction. C'est le cas de la qualification «d'entreprise» ou de «marché pertinent». S'y attarder se justifie dans la mesure où ces deux catégories sont à la base de l'interprétation du droit de la concurrence (Chapitre 1).

On pourrait à objecter à notre argument qu'il élude le fond du problème: que l'usage de l'*analyse économique* se retrouve dans des hypothèses autres que celles évoquées à l'instant. Par exemple lorsque les interprètes sont confrontés aux témoignages d'économistes ou aux textes qu'ils doivent appliquer. Voilà, à première vue, les cas par excellence dans lesquels l'interprète est directement confronté à l'*analyse économique*. Une lecture moins superficielle vient toutefois réfuter l'objection. L'appel aux experts tient moins dans des considérations scientifiques que dans la manière dont les métaphores économiques sont susceptibles de constituer des moyens de probatoires. L'expert est là parce qu'il propose un scénario de la réalité sur lequel se fonde le juge pour prendre sa décision; d'où l'usage métaphorique des modèles (Chapitre 2).

## Chapitre 1: L'élaboration de catégories juridiques

La valeur performative du discours économique pourrait très bien constituer le thème de ce premier chapitre. À ceci près pourtant que le propos serait hors sujet dans la mesure où le vocable économique dont il est question ici se limite à un simple emprunt d'ordre conceptuel. L'intérêt que présente l'emploi de la notion *d'activité économique* dans l'interprétation de la catégorie «d'entreprise» est qu'elle permet de délimiter un domaine de compétence. Sans doute, est-ce la raison pour laquelle le contentieux qu'elle génère porte sur des litiges périphériques à la signification usuelle du terme *d'activité économique*.

Ce qui laisse supposer que l'enjeu qu'il présente est d'abord déterminé par un ensemble de contraintes juridiques puisqu'il s'agit au fond, en séparant *l'économique* du *non économique*, de tracer les limites du champ de compétence matériel du droit de la concurrence. Mais il ne faut pas voir la chose du seul point de vue du juge. Le régime qui s'attache à la reconnaissance de la qualification d'activité d'entreprise peut aussi servir les intérêts des acteurs économiques. De cette façon, les règles de concurrence se substituent à des normes nationales contraires, généralement protectrices d'activités sous monopole. On comprend dès lors l'enjeu que représente pour le juge ou pour un acteur économique une telle qualification. Entre les mains du premier, l'activité économique est une notion qui étend le champ de compétence matériel du droit de la concurrence. Dans la stratégie d'une entreprise, bénéficier d'un tel régime ouvre l'accès à de nouveaux marchés potentiels<sup>1</sup> (Section 1).

La qualification de «marché en cause» ne relève guère d'une logique différente. Il faut, pour en comprendre l'interprétation, adopter un mode de raisonnement pénaliste. Ainsi, la référence au marché en cause s'impose-t-elle comme le moyen qui permet de reconstituer l'élément matériel d'une pratique d'entreprise. Elle suppose de réunir les moyens de preuves susceptibles d'établir la qualification supposée. Largement entendue, ou interprétée de façon plus restrictive, la délimitation d'un marché en cause constitue l'élément probatoire par excellence dont dépend la sanction future d'une pratique d'entreprise. Les nécessités qui s'attachent à sa délimitation restent, une fois de plus, totalement éloignées des débats scientifiques initiés par les économistes sur le concept de marché pertinent (Section 2).

---

<sup>1</sup> A. MASSON, *Les stratégies juridiques des entreprises*, op.cit.

## ***Section 1: La réception de la notion d'activité économique***

Il est significatif d'observer comment les autorités de concurrence et le juge s'emploient à sélectionner puis réutiliser toute une terminologie économique instituée pour le besoin en jargon à vocation normative. Afin d'illustrer l'aboutissement d'une telle réappropriation, il convient dans un premier temps de s'attarder sur les arrêts représentatifs de la catégorie «d'entreprise». La notion *d'activité économique* détermine à travers elle une compétence *rationae materiae*: une activité est qualifiée «d'entreprise» lorsqu'elle s'assimile à une activité marchande au sens large. La notion *d'activité économique* s'inscrit par conséquent en faux du débat des économistes (§1). Enfin, la qualification d'entreprise peut répondre à des mobiles divers: le juge y trouve le moyen de faire évoluer sa propre compétence d'attribution. Les acteurs économiques y recourent de leur côté dans le but d'accéder à de nouveaux horizons d'échanges économiques (§2).

### **Paragraphe 1: L'activité économique comme moyen de délimiter une compétence d'attribution**

Il faut relater la manière et les raisons pour lesquelles la notion *d'activité économique* s'est imposée comme critère de qualification de la catégorie d'entreprise. Appréhendée au départ sous l'angle commercialiste, la catégorie est par la suite interprétée d'un point de vue fonctionnel. *L'activité économique* devient dès lors synonyme d'activité marchande à mesure que le droit de la concurrence prend de l'ampleur politique dans le projet de construction européen (A). Pour autant, elle ne réfère en rien au raisonnement des économistes (B).

#### A- Comment s'est imposée la référence au critère d'activité économique?

Les développements qui suivent interrogent les raisons qui président à l'usage de la notion *d'activité économique*. La polysémie qui s'y attache<sup>2</sup> installe très vite la confusion entre, d'une part, ce que le droit définit comme étant une *activité économique* et, d'autre part, ce que les économistes entendent signifier comme tel<sup>3</sup>. Mais il faut bien voir que le champ

---

<sup>2</sup> M-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, *et.al*, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008, p.20-42.

<sup>3</sup> G. LHUILIER, «Le critère jurisprudentiel d'application du droit de la concurrence», *RTDCom*, 1994, p.645-693.

d'application du droit de la concurrence ne s'est pas défini de façon évidente. L'*activité économique* n'est pas un domaine intuitivement connaissable par le juge<sup>4</sup>. Au contraire, celui-ci a dû en construire le sens au fil des espèces qu'il a eu à connaître<sup>5</sup>. Nulle part les textes de l'Union ne délimitent en effet le champ d'application des articles 101 et 102 TFUE<sup>6</sup>. Une chose semble certaine: les règles de concurrence ont vocation à s'appliquer aux entreprises<sup>7</sup>. C'est là, il faut le reconnaître, une bien mince indication. Que faut-il entendre par entreprise? Quels critères de qualification mobiliser? Voilà, à l'évidence, quelques interrogations auxquelles a dû faire face la Cour de justice. L'arrêt *Höfner* apporte aujourd'hui une réponse satisfaisante à l'ensemble de ces questions: la qualification d'entreprise s'entend par référence à l'exercice d'une *activité économique*<sup>8</sup>. Et l'on pourrait partir de cet état du droit positif et dresser, en s'appuyant sur d'autres arrêts, la manière dont s'est consolidée cette signification. Mais cette présentation serait incomplète dans la mesure où elle ferait l'impasse sur les raisons qui ont aujourd'hui conduit la Cour à consacrer le critère de l'*activité économique* comme signification de la catégorie d'entreprise.

À vrai dire, savoir si les articles 85 et 86 du traité de Rome pouvaient s'appliquer par référence à la notion d'*activité économique* n'a pas été une question que s'est immédiatement posée la Cour. Cela, pour la bonne et simple raison qu'elle n'avait à connaître que de litiges entre entreprises commerciales. L'article 85 dont l'effet direct a été reconnu avant l'article 86

---

<sup>4</sup> Pour une discussion de la catégorie de «marché», on peut se reporter, entre autres, à: A. MATTERA, *Le marché unique européen: ses règles, son fonctionnement*, Paris, Jupiter, 1990; P. KOSLOWKI (dir.), *Imaginer l'Europe: le marché intérieur européen, tâche culturelle et économique*, Paris, ed du Cerf, 1992; J-A. MAZERES, «L'un et le multiple dans la dialectique marché-nation», in B. STERN (dir.), *Marché et nation, regards croisés*, Paris, Montchrestien, 1995, p.81; M-A. FRISON-ROCHE, «Le modèle de marché», *APD*, T. 40, 1996, p.286-313; A. LYON-CAEN, «Regards sur l'entreprise en droit communautaire», in *Entreprise, institution et société*, Maison Rhône-Alpes des Sciences de l'homme, avr. 1996, p.83; M. TORRE-SCHAUB, *Essai sur la construction de la catégorie juridique de marché*, LGDJ, 2002; A. HATCHUEL, O. FAVEREAU, et al (dir.), *L'activité marchande sans marché?* Actes du colloque de Cerisy, juin 2008, Paris, Presses de l'école des Mines, 2010; E. LAQUIN, A. MARTIN, *Droit et marchandisation*, Litec, 2010.

<sup>5</sup> P. VAN OMMESLAGHE, «Les articles 85 et 86 du traité de Rome à travers les arrêts de la Cour de Justice et les décisions de la Commission», *CDE*, 1973, n°4, p.383-460 et n°5, p.548-590; J. BOULOUIS, «À propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de Justice des C.E.», in *Mélanges en l'honneur de Marcel Waline*, 1974, T 1, p.149-162; V-P. MACH, *L'entreprise et les groupes de sociétés en droit européen de la concurrence*, Genève, 1974; C. BOLZE, *Le marché commun face aux trusts (étude comparative sur les groupes de sociétés et le droit de la concurrence dans la CEE)*, Nancy II, 1981; C. BOLZE, «La notion d'entreprise en droit communautaire», *RJCom*, 1991, p.5110.

<sup>6</sup> De même qu'en droit national, Article L 410-1 C.com. Pour une analyse de cette question: M-A. FRISON-ROCHE, «L'entreprise, le marché et les principes en droit interne et communautaire de la concurrence», *LPA*, 1995, n°59, p.4.

<sup>7</sup> R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruylant, 2008, coll. «Droit de l'Union Européenne», (dir.) F. PICOD, p.82-86.

<sup>8</sup> CJCE, 23/04/1991, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90, Rec, p. I-1979, note J Shaw, «Captains of Industry, The Labor Market and Competition rules», *ECLR*, 1991, p.501-506; note M-A Hermitte, chron. *JDI*, 1992, p.467-470.

mettait en cause uniquement des accords entre entreprises juridiques *stricto sensu*<sup>9</sup>. C'est par référence au droit commercial que la Cour définit la catégorie d'entreprise: «*Attendu que l'entreprise est constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels, rattachée à un sujet juridiquement autonome, et poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé (...) même dans le cas d'un groupe d'entreprises dirigé par une société mère et ayant un cycle de production étroitement intégré, où il est tenu compte du rendement de l'ensemble et non pas des filiales individuellement considérées, on doit reconnaître que, sur le plan juridique, l'activité de ce groupe se déroule entre les sujets qui sont juridiquement parties aux échanges économiques (...)*»<sup>10</sup>. Cet extrait de l'arrêt *Mannesmann* illustre l'acception strictement commercialiste dont la catégorie d'entreprise a d'abord fait l'objet: une entreprise est une personne morale définie comme telle par les règles de droit commercial en vigueur<sup>11</sup>. Très vite cependant, la grille de lecture commercialiste s'est révélée trop étroite.

Le choix d'une interprétation fondée sur un raisonnement téléologique ne s'est en réalité posé qu'à partir du moment où il a fallu étendre la qualification d'entreprise à des activités qui ne répondent pas nécessairement aux critères fixés par l'arrêt *Mannesmann*<sup>12</sup>. Le problème a ainsi gagné en acuité lorsque, conformément aux objectifs de l'Acte unique, l'achèvement du marché intérieur est devenu le principal objectif politique du droit de la concurrence<sup>13</sup>. Ce qui revenait à étendre le champ d'application du droit de la concurrence même aux entités

---

<sup>9</sup> Par ex, conclusions de l'avocat général K. Roemer présentées le 23 mars. 1966, sous l'arrêt CJCE 30 juin.1966, *L.T.M c/M.B.U.*, aff. 56/65, Rec.1966, p.337; CJCE, 9 juil.1969, *Franz Volk c/ Ets J. Vervaecke*, aff.5/69, Rec. 1969, p.295

<sup>9</sup> Déc. Commission, 23 sept.1964, *Consten c/ Grundig*, 64/566/CEE, JO, n°161 du 20 oct.1964, p.2545; confirmée par Déc. Commission, 17 sept.1965, *Hummel-Isbecque*, 65/426/CEE, JO, n°156 du 23 sept.1965; Déc. Commission, 8 juil.1965, *D.R.U/ Blondel*, 65/366/CEE, JO, n°131 du 17 juil.1965, p.2194

<sup>10</sup> CJCE 13 juil.1962, *Mannesmann AG/ Haute Autorité de la CECA*, aff. C-19/61, Rec.1962, p.675, pt 1; CJCE 13 juil.1962, *Klöckner et Hoesch c/ Haute Autorité de la CECA*, aff.jtes, 17/61, 20/61 Rec.1962, p.615; repris dans la décision de la Commission du 18 juin.1969, *Christiani-Nielsen*, JOCE, n°L 165 du 15 juil.1969, p.12-14

<sup>11</sup> Pour un aperçu des débats sur cette question: I. TORLEY DUWEL, «Signification du mot «entreprise» dans le sens de l'article 85 du traité CEE, à propos d'accords entre sociétés mères et filiales et filiales entre elles», *RTDE*, 1966, p.400-408.

<sup>12</sup> CJCE, 12 déc.1974, *Walrave et Koch*, aff. 36/74, Rec.p.1405; CJCE, 14 juil.1976, *Donà*, aff.13-76, Rec.p.1333; CJCE, 15 déc.1995, *Bosman*, aff. C-415/93, Rec.p.I-4921, pt.73; CJCE, 11 avr.2000, *Deliège*, aff.C-51/96 et C-191/97, Rec.p.I-2549, pt.41; CJCE, 13 avr.2000, *Lehtonen et Castors Braine*, aff. C-176/96, Rec.p.I-2681; TPICE, 26 janv.2005, *Piau c/ Commission*, aff.T-193/02, Rec.p.II-209; Déc. Commission, *Distribution des forfaits touristiques lors de la coupe du monde de football 1990*, du 27 oct.1992, IV/33.384 et 33.378, JOCE, L 326, 12 nov.1992; CE. 29 janv.1982, *Sté allumettièrre française*, Rec.38; Déc.87-D-15, *Produits cosmétiques d'hygiène personnelle*; TPICE, 10 mars.1992, *Shell/Commission*, aff. T-11/89 confirmé par CJCE, 8 juil.1999, *Shell c/ Commission*, aff.C-234/92, Rec.1999, p.I-4501; Déc.07-D-10 du 28 mars.2007, *relative à une plainte à l'encontre du Comité interprofessionnel du gruyère de Comté*. De façon plus générale, v. sur la qualification d'entreprise: L. ARCELIN, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Litec, 2003, p.168-178.

<sup>12</sup> L. BIDAUD, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Litec, 2001, p.53-67

<sup>13</sup> Acte unique européen, JOCE, 29 juin.1987, n° L 169, p. 1.

publiques. Donc jusqu'au milieu des années soixante-dix, le choix d'une interprétation téléologique n'a pas encore été clairement tranché<sup>14</sup>. La qualification d'entreprise réfère au critère de l'*industriel et commercial*, mais non encore à l'*économique* ou au *marché*<sup>15</sup>. Influencée par les nécessités politiques et contextuelles, c'est progressivement que la Cour s'oriente vers ces derniers critères. D'abord dans le domaine des ententes dans le but d'unifier différentes pratiques d'entreprises sous une même infraction<sup>16</sup>.

Ensuite afin d'appréhender les obstacles nationaux qui empêchent la réalisation du marché intérieur sous un même critère. Dans ses conclusions sous l'arrêt *BRT c/ SABAM*, l'avocat Mayras propose d'orienter la jurisprudence dans cette voie: *«l'entreprise est constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels, rattachée à un sujet juridiquement autonome, et poursuivant un but économique déterminé». L'élément complémentaire qui se dégage de cette définition consiste dans l'existence d'une personnalité autonome. Mais le moule juridique dans lequel l'entreprise est constituée est sans importance décisive pour l'application du droit de la concurrence. Si elle est gérée par une personne morale, on ne s'attachera pas à la forme juridique empruntée, qu'il s'agisse d'une société commerciale, coopérative, civile, voire même d'une association. L'article 86, comme l'article 85 est donc applicable à toute entreprise ayant une activité économique, c'est-à-dire se livrant à tout échange non gratuit de biens ou de services*<sup>17</sup>. L'«(...) échange de biens ou de service à titre non gratuit» fut dans un premier temps le critère formulé par la Cour pour subsumer l'exercice d'une activité sous la catégorie d'entreprise. La signification de la catégorie prend un tour nouveau dans le contexte de l'Acte unique.

---

<sup>14</sup> L'interprétation téléologique par référence au critère d'activité économique débute par l'article 86 du traité de Rome. On retrouve déjà un tel débat sur l'opportunité d'étendre la qualification d'entreprise à d'autres types d'activités, dans l'affaire *Continental Can* où l'une des questions principales est celle de savoir s'il fallait interpréter de façon extensive l'article 86 et donc l'appliquer aux opérations de concentrations: conclusions de l'avocat général K. Roemer présentées le 21 nov. 1972, Rec. 1973, p.254-268. La question va se reposer avec plus d'acuité dans l'affaire *BRT/ Sabam* où l'avocat général H. Mayras va s'attacher à donner une interprétation fonctionnelle de la catégorie d'entreprise: *«Bien que le juge belge considère, semble-t-il, comme résolue la question de savoir si SABAM est bien une entreprise au sens de l'article 86, il n'est pas inutile de rappeler que les auteurs du traité ont entendu retenir une notion économique du terme «entreprise» considéré, ainsi que l'a écrit le professeur B. Goldman, comme «un ensemble coordonné de personnes et de biens, constitué dans un but déterminé et dont l'activité est dirigée vers la réalisation de ce but». Dans votre arrêt du 13 juillet 1962, Mannesman AG/Haute Autorité, affaire 19-61, Rec 1962, p.705) rendu, il est vrai, sur la base du traité CECA, vous avez retenu une formule voisine (...)*», in conclusions H. Mayras, présentées le 12 févr.1974, Rec. 1974, p.320-329.

<sup>15</sup> R. LECOURT, *L'Europe des juges*, op.cit.

<sup>16</sup> CJCE, 14 juil.1972, *ICI c/ Commission*, aff.48/69, Rec.p.619; CJCE, 12 juil.1984, *Hydroterm Gerätebau GmbH c/ Firma Comapct del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. sast*, aff. C-170/83, Rec.p.2999

<sup>17</sup> V. conclusions Mayras, op.cit.

Lorsque la Commission entreprit, dans le cadre des objectifs du marché intérieur<sup>18</sup>, de remettre en cause les régimes de nombreux monopoles publics, l'usage de la notion devint plus opératoire<sup>19</sup>. Signe de ce changement, l'avocat général Darmon<sup>20</sup> propose dans l'arrêt *Commission c/ Italie*<sup>21</sup>, de faire droit à la motivation selon laquelle une activité de gestion d'installations publiques de télécommunication moyennant redevance est une *activité économique*. Puis, à la faveur d'un recours en manquement concernant la légalité d'une directive portant sur la transparence des relations financières entre entreprises publiques et États membres, la Cour se réfère à nouveau à la notion d'*activité économique*. Elle juge qu'une entreprise publique manifeste la volonté de l'État d'agir par l'exercice d'une *activité économique*. Cette notion étant définie dans l'arrêt comme une «*offre (...) de biens et de services sur le marché*»<sup>22</sup>. Plus loin, que l'*activité économique* est une activité à «*caractère industriel et commercial consistant à offrir des biens et services sur un marché*»<sup>23</sup>. L'expression est par la suite reprise à l'identique dans la jurisprudence *Höfner*<sup>24</sup>. À partir de là, le considérant de principe selon lequel une «*entreprise exerce une activité économique indépendamment de son statut et de son mode de financement*» sera systématiquement repris pour déterminer le champ d'application des règles de concurrence<sup>25</sup>.

Qu'entend-on par *activité économique*?<sup>26</sup> La jurisprudence *Commission/Italie*<sup>27</sup> juge qu'est *économique*, l'activité qui consiste: «*à offrir des biens ou des services sur un marché donné*». Si cette expression paraît chargée d'un fort contenu intuitif, la jurisprudence développe une

<sup>18</sup> D. SIMON, «De l'Acte unique au marché unique», *JDI*, 1989, p.265.

<sup>19</sup> Par ex, CJCE, 12 juil.1984, *Hydroterm Gerätebau GmbH c/ Firma Comapct del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. sast*, *op.cit.*

<sup>20</sup> Conclusions de l'avocat général M. Darmon, présentées, le 16 janv.1985, Rec.1985, p.874-879

<sup>21</sup> CJCE, 20 mars.1985, *République Italienne c/ Commission*, aff.41/83, Rec. 1985, p.873

<sup>22</sup> CJCE, 16 juin.1987, *Commission des Communautés Européennes c/ République Italienne*, aff.118/85, Rec. 1987, p.2599, pt.3; dans le même sens: CJCE, 27 janv.1987, *Verband der Sacversicher e.v c/ Commission*, aff. 45/87, Rec. 1987, p.405

<sup>23</sup> CJCE, *Commission c/ Italie*, *op.cit.*, pt.7

<sup>24</sup> CJCE, 23 avr.1991, *Höfner*, aff.C-41/90, Rec. 1991, p.I-1979

<sup>25</sup> Par ex, CJCE, 5 oct.1988, *Udo Steymann c/ Staatsecretaris*, aff. C-169/87, Rec.1988, p.6159; CJCE, 17 févr.1993, *Christian Poucet c/ AGF et CMR du Languedoc-Roussillon*, aff.jtes C-159/91 et 160/91, Rec. 1993, p.I-637; CJCE, 16 nov.1995, *FFSA*, aff. C-244/94, Rec. 1995, p.I-4013; CJCE, 6 avr.1995, *RTE et ITP c/ Commission*, aff.jtes, C-241/91P et C-242/91P, Rec.1995, p.I-743; TPICE, 10 juil.1991, *ITP c/ Commission*, aff.T-6/89, Rec.1991, p.II-575. Pour une illustration récente: CJCE, 5 mars.2009, *Kattner Stahlbau GmbH c/ Maschinebau*, aff. C-350/07, Rec.2009, note E. Broussy, F. Donnat, C. Lambert, *chron. AJDA*, 2009, p.988-989; note L. Idot, *Europe*, mai. 2009, comm. n°192 et 198, p.20-21 et p.23-25; note A-L. Sibony, *Concurrences*, n°2, 2009, p.116-117; CJCE, 11 déc.2007, *ETI e.a.*, aff. C-280/06, Rec.p.I-10893, pt.38.

<sup>26</sup> Sur cette question: P. MADDALON, *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, LGDJ, 2007.

<sup>27</sup> CJCE, 20 mars.1985, *Italie c/Commission*, aff. 41/83, Rec, p.873, note M. Ross, «The B.T Case: a shot in the arm for the EEC Competition Policy in Public sector», *ECLR*, 1985, p.457-462; CJCE, 16 juin.1987, *Commission c/ Italie*, aff. C-118/85, Rec, p. 2599, note M-C. Boutard-Labarde, *JCP G*, 1988, II-20943; CJCE, 18 juin.1998, *Commission c/ Italie*, aff. C-35/96, Rec, p. I-3851, note L. Idot *Europe*, août/sept.1998, comm. n°288, p.17-18; note C. Nourissat, *LPA*, 1999, n°148, p.28-31.



casuistique qui lui est propre. En témoigne le fait que l'*activité économique* est généralement abordée de façon négative: c'est de ce qu'elle n'est pas que l'on en déduit ce qu'elle englobe<sup>28</sup>. Attribuer à cette notion un sens autre que celui d'activité marchande *lato sensu*, se heurte à des difficultés majeures<sup>29</sup>. Il n'y a pas de signification plus spécifique précisément parce que l'utilité interprétative de la notion réside dans sa grande plasticité<sup>30</sup>. Le flou terminologique lié au critère d'*activité économique* a donc, pour le juge européen, une utilité certaine dans la mesure où il permet de faire abstraction d'un grand nombre de qualifications nationales concurrentes<sup>31</sup>.

Comme l'affirme M. Torre-Schaub, «*L'activité économique telle qu'elle est définie en droit communautaire, a une nature spécifique qui neutralise un certain nombre de divisions juridiques classiques comme celle de la séparation des domaines économique-extra économique, commerce/hors commerce, civil/commercial, privé/public, etc.*»<sup>32</sup> Savoir ce qu'englobe le critère d'*activité économique* ne peut par conséquent que se résumer en une longue énumération: «production», «distribution», «service», sport, secteur financier<sup>33</sup>,

---

<sup>28</sup> L. IDOT, «La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel», in *L'ordre concurrentiel, op.cit.*, p.528.

<sup>29</sup> L. IDOT, «Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence? A propos de quelques développements récents...», *Europe*, janv.1996, p.1-5.

<sup>30</sup> Certaines jurisprudences ou décisions ont d'ailleurs expressément recours aux termes «marché» ou «activité marchande»: Déc 91-D-43, *relative aux honoraires des chirurgiens exerçant dans les cliniques privées du département de Lot-et-Garonne*; Déc. Commission, du 2 déc.1975, *AOIP/Beyrard*, IV/26.949, JOCE, n° L du 13 janv. 1976, p.8; CJCE 26 juin.2007, *T. Mobile Austria GmbH*, aff. C-284/04, Rec. 2007, p.I-5189, note. L. Vallée, *RJEP* janv.2008, p.13-16; CJCE, 10 janv.2006, *Ministero dell'Economica e delle Finanze c/ Cass di Risparmio di Firenze Spa*, aff. 222/04, Rec. 2006, p.289. Pour un point de vue sur cette question: L. IDOT, «La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel», *op.cit.*

<sup>31</sup> Par ex, CJCE 10 janv.2006, *Ministero dell'Economica e delle finanze*, aff. C-222/04, Rec.2006, p.I-289, note L. Arcelin, *LPA*, 2007, n°99-100, p.21-27; note J-Y. Chérot, *Concurrences*, 2006, n°2, p.117-119; note L. Idot, *Europe*, mars.2006, comm. n°91, p.24; note R. Kovar, «Quand la Cour de justice invite à s'intéresser aux notions d'entreprise et d'activité économique», *D*, 2006, chron, p.919-924.

<sup>32</sup> L. VOGEL, *Droit de la concurrence et concentration économique*, Economica, 1988; A. MATTERA, *Le marché unique: ses règles, son fonctionnement*, Jupiter, 2<sup>nd</sup> ed. 1990; A. BIZAGUET, *Le grand marché européen*, 4<sup>e</sup> ed. Paris, PUF, 1993; M. AYRAL, *Le marché intérieur de l'union européenne: les règles du jeu*, Paris, La documentation française, 1998; H. DUMEZ, A. JEUNMAÎTRE, «Les institutions de la régulation des marchés», *RIDE*, 1999, p.11-30; M. TORRE-SCHAUB, *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché*, LGDJ, 2002; p.63-64; C. DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, LGDJ, 2004; P. MADDALON, *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, *op.cit.*

<sup>33</sup> Pour une illustration: CA Paris 6 juil.1994, *Sté Total Réunion Comores, Elf Antar France et Esso Réunion*; Cass.com. 5 mars.1996, *Sté Total Réunion Comores*, Bull.civ.n°662, n°94-17.699; Déc. 94-D-08, du 1 févr.1994, *relative à des pratiques relevées dans le secteur de la pierre calcaire et du marbre*; Déc. 94-D-09 du 1<sup>er</sup> févr.1994, *relative à des pratiques relevées dans le secteur de la pierre calcaire et du marbre*; Déc. 95-MC-10 du 12 juil.1995, *relative à une demande de mesures conservatoires présentée par les sociétés Asics France, Uhlsport France, LJO International, Roc Sport, VIP France, Puma France, Mizuno France, ABM Sport France, W Pabisch, Lotto France, Nike France et Noël France, d'une part, et par la société Reebok France, d'autre part*; CA Paris, 23 août.1995, *Ligue Nationale de Football*; CJCE, 12 déc.1974, *Walrave et Koch*, aff. 36/74, Rec.p.1405; CJCE, 14 juil.1976, *Donà*, aff.13-76, Rec.p.1333; CJCE, 15 déc.1995, *Bosman*, aff. C-415/93, Rec.p.I-4921, pt.73; CJCE, 11 avr.2000, *Deliège*, aff. C-51/96 et C-191/97, Rec.p.I-2549, pt.41; CJCE, 13 avr.2000, *Lehtonen et Castors Braine*, aff.C-176/96, Rec.p.I-2681; TPICE, 26 janv.2005, *Piau c/ Commission*,

professions libérales,<sup>34</sup> etc. L'*activité économique* est l'instrument dont se sert la Cour pour tracer les contours des principaux îlots qui échappent au champ d'application du droit de la concurrence: activités régaliennes, activités à but social, et achat à titre final<sup>35</sup>. Ce nouveau critère de qualification constitue un outil de taille puisqu'il étend les possibilités d'application du droit de la concurrence à tout type d'activités<sup>36</sup>. Il donne aussi à la Cour la possibilité de redéfinir, d'un point de vue idéologique, les frontières de partage entre le marchand et le non marchand, indépendamment des préférences nationales<sup>37</sup>. On mesure ici toute l'influence politique qu'implique la qualification d'entreprise<sup>38</sup>. Aussi, la question n'est-elle pas tant de chercher à comprendre ce que recouvre, d'un point de vue économique, le critère de l'*activité économique* que de pouvoir lire la signification qu'il acquiert à l'aune de cette nouvelle interrogation: quelles sont les contraintes qui s'attachent à la délimitation du champ d'application du droit de la concurrence<sup>39</sup>? Ce qui revient, dès à présent, à dissocier la signification juridique d'*activité économique* de la confusion qu'elle est susceptible d'entretenir vis-à-vis du discours des économistes.

---

aff.T-193/02, Rec.p.II-209; Déc. Commission, *Distribution des forfaits touristiques lors de la coupe du monde de football 1990*, du 27 oct.1992, IV/33.384 et 33.378, JOCE, L 326, 12 nov.1992; Déc. Commission du 25 mars.1992, *Eurochèque*, JOCE, L 95, 9 avr. 1992, p.50; TPICE, 23 févr.1994, *Groupement des cartes bancaires «CB» et Europay international SA c/ Commission*, aff.jtes T-39/92 et T-40/92, Rec. p.II-49; CJCE, 10 janv.2006, *Ministero dell'Economica et delle Finanze*, aff. C-222/04, Rec. p.I-289; Déc.88-D-37 in *Rapport du Conseil de la concurrence*, 1988, p.85; CJCE, 19 févr.2002, *Wouters*, aff.C-309/99, Rec.2002, p.I-1577. Plus récemment, s'est posé la question de l'application du droit de la concurrence aux campagnes publicitaires organisées par un parti politique: conclusions P. Maduro, *SPÖ Landesorganisation Kärnten c/Finanzamt Klagenfurt*, présentées le 9 juil.2009, pt.19, aff. C-267/08. La Cour n'est pas allée dans ce sens: CJCE, 6 oct.2009, *SPÖ Landesorganisation Kärnten c/Finanzamt Klagenfurt*, aff. C-267/08

<sup>34</sup> CJCE, 19 févr.2002, *Wouters*, aff.C-309/99, *op.cit.*

<sup>35</sup> Sur ce point, v., développements infra §3.

<sup>36</sup> L. BIDAUD, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Litec, 2001, p.53-67; L. ARCELIN, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Litec, 2003; E. BERNARD, L'«activité économique», un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation», *RIDE*, 2009/3, p. 353-385. Sur cette la question des virtualités de la notion d'activité économique, v. les conclusions très pédagogiques de l'avocat général P. Maduro, présentées le 10 nov. 2005, aff. C-205/03 P, *FENIN c/ Commission*, Rec. 2006, p.I-06295

<sup>37</sup> Pour une discussion de ce point: J. RUEFF, «Une mutation dans les structures politiques: le marché institutionnel des communautés européennes», *REP*, 1958, n°1, p.1-10; J. RUEFF, «Souvenir de neuf années de magistrature européenne et de deux comités d'assainissement financier», in *Textes et essais rédigés en l'honneur de J. Rueff, Les fondements philosophiques des systèmes économiques*, Paris, Payot, 1967, p.476-488; J. CAILLOSSE, «Droit public, droit privé: sens et portée d'un partage académique», *AJDA*, 1996, p.955-968; L. BOY, «L'ordre concurrentiel: essai de définition d'un concept», in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, ed. Frison-Roche, 2003, p.23-56; C. DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, LGDJ, 2004, *op.cit.*; A. ANTOINE, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, LGDJ, 2009.

<sup>38</sup> L. IDOT, «La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel», in *L'ordre concurrentiel, op.cit.*, p.523-545.

<sup>39</sup> L. BOY, «L'ordre concurrentiel: essai de définition d'un concept», in *L'ordre concurrentiel, op.cit.*, p.23-56.

## B- Un débat sans intérêt: l'*activité économique* comme objet de l'entreprise dans la doctrine économique

L'entreprise se conçoit juridiquement par l'exercice d'une *activité économique*. Seulement, il est permis de se demander dans quelle mesure le sens de «l'économique» auquel renvoie ce critère de qualification recoupe celui des économistes? Répondre à cette question permet de se prononcer sur l'autonomie des catégories juridiques par rapport au discours économique. En droit de la concurrence, l'*activité économique* réfère *lato sensu* à une activité marchande existante ou potentielle<sup>40</sup>. Tout autre est la façon de voir des économistes<sup>41</sup>. L'investigation de leur objet inclut non seulement la sphère marchande en son sens usuel, mais aussi les relations non marchandes. Bien plus, cet objet s'exporte à l'ensemble des actions humaines dès l'instant où, pour reprendre G. Becker: «*L'approche économique est assez compréhensive pour s'appliquer à l'ensemble du comportement humain, que ce comportement fasse intervenir des prix monétaires supposés ou des prix fantômes supposés, des décisions répétées ou des décisions rares, des décisions mineures, des fins émotives ou mécaniques, des riches ou des pauvres, des hommes ou des femmes, des gens intelligents ou stupides*»<sup>42</sup>. Qu'elle relève du champ politique ou social, qu'elle s'applique à l'étude du comportement des consommateurs, des criminels ou de la famille, rien ou presque n'échappe à la signification de l'objet économique. Là s'opère, à l'évidence, une première césure dans l'appréhension de l'objet économique entre les économistes et le juge. Certes, l'opposition n'est pas totale comme l'illustre la signification d'entreprise comme exercice d'une *activité économique*. Une telle acception recoupe, ne serait-ce que très formellement, l'objet d'investigation économique.

Mais intervient alors une objection fondamentale qui radicalise davantage l'opposition des deux types discours. Car si l'économique qu'appréhende Becker s'interprète selon une posture compréhensive, tel n'est pas le cas des juges. Pour s'en convaincre, il faudrait sans doute essayer un instant de se mettre à la place d'un économiste. À supposer qu'on l'informe que l'entreprise se définit comme: «*toute entité qui exerce une activité économique*», on peut imaginer qu'il réponde: «*Fort bien. Mais en quoi votre définition jurisprudentielle me permet-elle de mieux comprendre cet objet d'étude économique que constitue le concept*

---

<sup>40</sup> Conclusions de l'avocat général H. Mayras, précitées sur l'affaire *BRT/Sabam*.

<sup>41</sup> Sur la question du regard des économistes sur le droit: A-L. SIBONY, «La jurisprudence de la Cour au prisme de la science économique», in P. MBONGO, A. VAUCHEZ (dir.), *Dans la fabrique du droit européen: scènes, acteurs et publics de la Cour de Justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p.171-197.

<sup>42</sup> P. MONGIN, «Modèle rationnel ou modèle économique de rationalité?», *Rev.éco*, n°1, 1984, p. 9-64.

d'entreprise? En quoi fait-elle avancer la connaissance économique que nous pouvons en avoir?» Laissant de côté la définition jurisprudentielle, notre économiste s'attachera plutôt à se poser d'autres types de questions. Il se demandera par exemple, dans quelle mesure assimiler le comportement d'une entreprise à celui d'un agent rationnel. Sur un autre registre, il s'interrogera sur la façon dont on recourt à l'entreprise par préférence au marché<sup>43</sup> ou encore, du point de vue des sciences de gestion, comment se mettent concrètement en œuvre les frontières d'activité d'une entreprise<sup>44</sup>.

Les économistes Brémond et Gélédan formulent, s'agissant du concept d'entreprise, leurs interrogations en ces termes: «*Un certain nombre de problèmes se retrouvent dans toutes les entreprises: que produire? Pour qui produire? Comment produire? À quels prix? Chacune de ces questions renvoie à une chaîne de sous-problèmes; définir comment produire, c'est choisir une technique de production, une politique d'organisation de la main d'œuvre (...)* De la façon dont sont résolues ces questions dépendent l'efficacité de la production, les conditions de vie des travailleurs et plus généralement de l'ensemble de la population»<sup>45</sup>. S'agissant de l'assimilation de l'entreprise à un agent rationnel, un économiste pourra se demander si cette analogie n'est pas quelque peu réductrice «*Les décisions des différents agents qui participent à la vie de l'entreprise ne sont pas toutes de même niveau (...)* Si les décisions peuvent apparaître à tout niveau, elles sont marquées par le principe hiérarchique. (...) Il en résulte plusieurs types de problèmes. Tout d'abord dans quelle mesure ceux-ci favorisent-ils effectivement l'efficacité? Une part importante des comportements imposés n'a-t-elle pas pour fonction, comme le pensent les défenseurs des analyses en termes de technostructure (Galbraith), d'assurer le maintien des dirigeants en place et leur promotion individuelle? Enfin, les comportements adoptés au sein de l'entreprise ne marquent-ils pas la totalité des relations de l'individu y compris hors de l'entreprise?»<sup>46</sup> Plus loin, les auteurs ajoutent: «*Dans la conception stratégique, l'entreprise a un pouvoir de négociation et une marge de manœuvre dans le jeu économique et social. (...) Des rapports de forces existent entre les firmes et à l'intérieur de l'entreprise sans qu'il soit nécessaire d'ailleurs d'en donner une interprétation marxiste.*»<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> R. COASE, *L'entreprise, le marché et le droit*, trad. B. Aliouat, ed. D'organisation, 2005. J. LEBRATY, «Evolution de la théorie de l'entreprise, sa signification, ses implications», *Rev.éco*, n°1, 1974, p.1-29; R. COASE, «The Nature of the Firm», *Economica*, vol. 4, 1937, p.386-405; J. K. GALBRAITH, *Le nouvel Etat industriel*, Gallimard, 1989, p.100-140.

<sup>44</sup> *Gérer les frontières de l'entreprise*, n° spécial, *E&H*, n°39, 2005/2.

<sup>45</sup> J. BREMOND, A. GELEDAN, *Dictionnaire des théories et mécanismes économiques*, Hatier, 1984, p.120.

<sup>46</sup> J. BREMOND, A. GELEDAN, *op.cit.*, p.126-127.

<sup>47</sup> J. BREMOND, A. GELEDAN, *op.cit.*, p.128-129.

Il en résulte que définir l'entreprise comme toute entité qui exerce une activité économique n'est d'aucune utilité pour un économiste; et ceci, parce que cette acception ne lui est d'aucun secours pour comprendre son objet. La définition de la Cour informe de façon très superficielle de la nature marchande d'une activité. Rien de bien différent du jugement de l'homme ordinaire. Même la définition de l'*activité économique* «(...) comme celle qui consiste à offrir des biens et des services sur un marché» soulève un certain nombre de contradictions pour un économiste. Une première objection consiste à se demander ce qui justifie de réduire le champ d'investigation du concept au segment de l'offre alors que dans le même temps certains arrêts qualifient l'entreprise par référence au concept plus large d'*activité sur un marché*<sup>48</sup>.

Dans l'hypothèse où notre économiste accepterait cette première objection sans se poser de questions, un second écueil d'ordre conceptuel pourra le rendre sceptique: alors que le marché se définit comme la confrontation d'une offre et d'une demande, n'y a-t-il pas un contresens à affirmer à la fois qu'une *activité économique* est exercée sur un marché et, par la même occasion, que ce marché se réduise à la fonction de l'offre<sup>49</sup>? Même si notre économiste imaginaire passait outre cette seconde objection, il s'interrogera à l'évidence différemment sur le sens du mot «offre». En bon néoclassique, il tentera de paramétrer cette fonction au sein d'un modèle plus large. Et partant, c'est en termes «d'agent rationnel», de «productivité», d'«innovation» ou de «coûts» qu'il va raisonner. Autant de questions qui restent très éloignées des préoccupations quotidiennes d'un juge<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> CJCE, 6 oct.2009, *SPÖ Landesorganisation Kärnten*, aff. C-267/08, Rec.2009, p.I-23

<sup>49</sup> Le terme de «demande» est généralement lié à celui d'offre pour tirer la conséquence d'une activité marchande: TPICE, 12 déc.2006, *SELEX Sistemi Integrati Spa c/ Commission*, Rec. 2006, p.II-4797; Déc. 91-D-43, du 22 oct.1991, *relative aux honoraires des chirurgiens exerçant dans les cliniques privées du département de Lot-et-Garonne*. La jurisprudence, ainsi que la pratique décisionnelle, n'attachent donc pas au mot «demande» la même signification que la science économique.

<sup>50</sup> Ce qui ne veut pas dire que le juge ne se pose jamais ce genre de questions. Mais, comme on le verra dans le chapitre qui va suivre, l'intérêt qu'il porte à ces concepts, sont d'un autre ordre. Il pourrait être opposé à ces arguments, que la distinction jurisprudentielle faite entre «offre de biens et de services sur un marché» et activité «d'achat» s'inspire de la traditionnelle séparation faite par les statisticiens, entre la catégorie d'«entreprise» d'un côté et celle de «ménage» de l'autre. La première catégorie relève des forces productives tandis que la seconde utilise les produits de l'entreprise pour sa propre consommation. Il faut cependant remarquer que cette distinction n'est que formelle. Elle vise simplement à distinguer, au sein des activités économiques, l'activité des entreprises de celle des ménages en matière de comptabilité publique. Or dissocier dans le discours de la jurisprudence l'«offre» de la «demande», revient à conférer une valeur normative autre à cette distinction (v. par ex, TPICE, 4 mars. 2003, *FENIN c/Commission*, aff.T-319/99, *op.cit.*, pts.35-37; *Rapport annuel Conseil de la concurrence*, 1991, p.27; CA Paris, 25 janv.1994, *CEP Expositum*, BOCCRF, n°3/94; Déc. n°93-D-13, BOCCRF, n°11/93 confirmé par CA Paris, 25 janv.1994, BOCCRF, 3/1994; CA Paris, 27 janv.1998, BOCCRF, n°2/98). C'est ce choix normatif que traduit l'exclusion de l'achat à titre final du droit de la concurrence et, par ricochet, du champ jurisprudentiel du droit de la concurrence. Pour une discussion de ce point: C. Le BERRE, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Thèse 2006, Université Paris X Nanterre, *op.cit.*, p.51-52.

S'il faut en définitive s'interroger sur l'intérêt que revêt pour un économiste la définition jurisprudentielle de l'entreprise, il paraît bien difficile de dégager une réponse satisfaisante. Certes, il existe indéniablement une terminologie commune. Mais l'emprunt n'a qu'une portée limitée pour ne pas dire factice. Le juge ou l'Autorité de la concurrence sont libres de redonner une signification propre au critère d'*activité économique*. Aussi, convient-il de se résoudre à deux interprétations concurrentes de cette appropriation conceptuelle: soit, le critère ne constitue, d'un point de vue économique, qu'un pur paralogisme; soit, sa compréhension s'inscrit à l'inverse dans un cadre contextuel composé de mobiles radicalement distincts. C'est l'analyse de ce mode de raisonnement et de ses enjeux axiologiques qu'il convient maintenant d'examiner de plus près.

## **Paragraphe 2:** La fonction instrumentale de la notion d'*activité économique*

Afin de démontrer le caractère instrumental de la notion d'*activité économique*, il faut se référer d'une part, aux modes de raisonnements qu'elle implique (A) et, d'autre part, aux possibilités qu'elles génèrent du point de vue des acteurs économiques (B).

### A- L'interprétation du critère d'*activité économique*

La catégorie d'entreprise s'interprète selon un mode d'interprétation téléologique<sup>51</sup>. Ce que l'interprète recherche par là, c'est la possibilité d'étendre très largement l'application d'une norme. Une interprétation de type téléologique présente l'avantage d'exploiter au maximum de telles potentialités. En ce sens, la notion d'*activité économique* constitue le critère essentiel qui permet d'inclure ou de rejeter selon les contraintes, telle ou telle activité dans le champ du droit de la concurrence. L'interprétation téléologique fait donc appel à deux types de raisonnements: l'interprétation restrictive qui permet de soustraire un certain nombre d'activités du droit de la concurrence (a) et l'interprétation extensive ou par analogie qui, à l'inverse, permet d'en assimiler d'autres<sup>52</sup> (b).

---

<sup>51</sup> C. Le BERRE, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Thèse, 2006, Université Paris X Nanterre, p.55-56.

<sup>52</sup> Sur la systématisation de tels raisonnements: C. PERELMAN, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz, 2<sup>nd</sup> ed. 1979, p.8; C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, ed. de l'Université de Bruxelles, 2008, p.499-534.

#### a- L'interprétation restrictive

Une fois introduit le critère de l'*activité économique*, encore faut-il qu'il puisse servir le but que le juge projette de lui assigner. Chaque affaire constitue un contexte qui rend opportun ou pas l'application du critère. Qu'il s'agisse d'une interprétation restrictive ou par analogie, la Cour procède par analyse «concrète», c'est-à-dire qu'elle se réapproprie les énoncés qui régissent l'activité litigieuse pour développer sa propre justification<sup>53</sup>. L'interprétation restrictive se déduit de ce qu'une activité n'entre pas dans les critères du marchand qui caractérisent l'*activité économique*.

S'agissant de l'*activité économique*, tout l'enjeu consiste, par une interprétation restrictive, à circonscrire l'ensemble de ces activités qui dérogent au principe de libre concurrence<sup>54</sup>. La démonstration de l'avocat Tesauro dans l'affaire *Eurocontrol*, constitue l'archétype d'une telle justification<sup>55</sup>. Saisie d'une question préjudicielle posée par la Cour de cassation belge, la Cour de Luxembourg devait répondre du régime juridique des redevances perçues par *Eurocontrol*, organisme européen chargé de la sécurité aérienne. Une compagnie aérienne, en l'espèce, *SAT Fluggesellschaft*, refuse d'acquiescer à l'organisme les redevances dues au titre de son activité de police. La formulation de la question préjudicielle pose d'emblée le cadre juridique du problème: «*L'Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne instituée par la convention signée à Bruxelles le 13 décembre 1960 et modifiée par le protocole fait à Bruxelles le 12 février 1981 constitue-t-elle une entreprise au sens des articles 86 et 90 du traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne?*»<sup>56</sup> L'avocat général, suivi dans cette affaire par la Cour, se fonde sur une démonstration en plusieurs étapes. S'il rappelle la portée de la jurisprudence *Höfner* en indiquant qu'une *activité économique* suppose, en principe, d'être exercée dans un but lucratif par une entreprise privée, son propos est tourné en l'espèce vers la démonstration selon laquelle *Eurocontrol* agit en tant qu'«autorité publique».

L'autorité de précédents lui permet en premier lieu de stipuler une définition de «*l'imperium*», laquelle implique «*d'user de prérogatives exorbitantes du droit commun, de*

---

<sup>53</sup> P. MADDALON, *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, LGDJ, 2007; J-Y. CHEROT, «Le droit communautaire de la concurrence fonde-t-il un ordre concurrentiel? Essai sur la notion d'entreprise et d'activité économique dans la jurisprudence de la Cour», in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'A. Pirovano*, ed. Frison-Roche, *op.cit.*, p.563-577.

<sup>54</sup> V. Première partie supra, Titre 2, Chapitre 1.

<sup>55</sup> CJCE, 19 janv.1994, *SAT Fluggesellschaft* «*Eurocontrol*, aff.C-364/92, Rec.p.I-43, note G. Lhuillier, *D*, 1995, p.34-37; note J. Shaw, «A review of recent Cases on the articles 85 and 86 EC: Issues of substantive law», *ECLR*, 1995, p.66-83.

<sup>56</sup> CJCE, 19 janv.1994, *Eurocontrol*, *op.cit.*, pt.7.

*privilèges de puissance publique, de pouvoirs de coercition qui s'imposent aux citoyens*»<sup>57</sup>. L'avocat général indique que ce critère reste insuffisant dans la mesure où certaines activités de perception de redevance peuvent être, dans certains cas, soumises au champ matériel du droit de la concurrence. Il avance donc un critère supplémentaire afin de circonscrire d'autant mieux les dérogations aux règles du traité. L'accord régissant le fonctionnement d'*Eurocontrol* est alors interprété comme attribuant à l'*organisme* une tâche de simple exécution sous le contrôle étroit des États concernés. L'avocat général déduit de ces dispositions qu'*Eurocontrol* agit pour le compte de délégués. Or il «constate» dans le même temps, que les activités déléguées ne diffèrent guère par «nature», de celles qui sont liées à la souveraineté des États membres en matière de police aérienne.

L'avocat général en déduit logiquement que la perception de redevance auprès de compagnies aériennes par *Eurocontrol* n'est pas dissociable des activités de police qu'elle assure. En conséquence, elle échappe aux règles de concurrence. On voit bien que le raisonnement est fondé sur le jugement de valeur préalable selon lequel l'activité d'*Eurocontrol* relève par «nature» des activités de police: «*Nous croyons donc pouvoir conclure sur ce point en disant que l'activité de contrôle aérien constitue un monopole naturel dans l'espace dans lequel elle est exercée et, s'agissant de cette activité, une concurrence entre deux organismes non seulement n'est pas souhaitable mais ne serait en fait même pas possible. Il s'agit en dernière analyse d'un service public étranger à toute idée d'exploitation commerciale dans un but lucratif (...)*»<sup>58</sup>

Le même raisonnement s'observe dans les conclusions développées par l'avocat général Cosmas dans l'affaire *Diego Cali*<sup>59</sup>. Un armateur avait refusé d'acquitter une redevance facturée par l'office écologique du Port de Gênes (ci-après *SEPG*). La contrepartie de la redevance portait sur la fourniture d'un service de surveillance antipollution. Saisie d'une question préjudicielle, la Cour considère que l'activité du *SEPG* échappe à la qualification d'entreprise. À nouveau, l'avocat général fait appel dans un premier temps à l'autorité des précédents *Eurocontrol* et *Poucet et Pistre* pour, dans un second temps, soutenir que la perception de redevances échappe, par sa «nature» même, aux règles de concurrence. En effet, l'avocat général défend le point de vue selon lequel l'activité de surveillance antipollution constitue une activité de police fondée à la fois sur le souci de sécurité et de protection de

---

<sup>57</sup> Conclusions de l'avocat général Tesauro sous l'arrêt, *SAT Fluggesellschaft mbH c/ Eurocontrol*, aff.C-364/92, Rec.1994, p.I-43, pt.9. L'avocat se fonde sur l'arrêt *Reyners c/ Belgique*, aff.C-2/74, Rec.1974, p.631

<sup>58</sup> Concl. Tesauro, *op.cit.*, pt.13.

<sup>59</sup> Conclusions de l'avocat général Cosmas présentées le 10 décembre 1996, *Diego Cali & Figli Srl contre Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, aff. C-343/95, Rec.1997, p.I-1547



l'environnement. En conséquence, elle n'est pas dissociable d'activités administratives essentielles d'un État. En effet, il ressort des dispositions nationales que le montant des redevances facturées est fixé de manière unilatérale par une autorité publique. De là, l'avocat général en déduit que la gestion du *SEPG* diffère de celle d'une entreprise privée dans la mesure où l'entité publique ne jouit pas d'une autonomie d'action.

Quels sont les éléments qui, dans ces deux affaires, conduisent la Cour à admettre une interprétation restrictive? Une réponse évidente serait de systématiser les deux critères qui se dégagent de la jurisprudence: l'activité doit correspondre à une activité de police; elle doit de plus, être exercée sous l'étroit contrôle des autorités publiques. La réunion de ces deux critères déclenche la qualification d'activité exercée dans le cadre de prérogatives de puissance publique, laquelle déroge au régime général des règles de concurrence. Mais on peut valablement supposer que ces critères n'expliquent qu'en partie, les raisons pour lesquelles telle activité échappe à la qualification «d'entreprise» au détriment d'une autre.

Au fond, on peut observer que la Cour opte dans la plupart des cas, sur un consensus *a minima*. Et c'est là le point de vue axiologique qu'elle entend soutenir. L'argument comparatiste lui permet de justifier la démonstration selon laquelle, étant donné qu'il n'existe pas de *modus vivendi* entre les États membres sur l'étendue du champ des prérogatives de puissance publique, raisonner en partant du plus petit dénominateur commun permet de circonscrire d'autant mieux ce qui échappe au champ d'application du droit de la concurrence. Précisément, à partir d'arguments comparatistes il est soutenu qu'il est possible d'aboutir à la conclusion qu'au moins les missions de police sont soustraites au droit de la concurrence pour autant que l'on admette que ce genre d'activité constitue un minimum commun à l'ensemble des États membres<sup>60</sup>.

Mais l'argument comparatiste peut ne pas toujours faire consensus. Dans l'affaire *Diego Cali* précitée, la Commission ainsi que les gouvernements allemand et anglais soutenaient que

---

<sup>60</sup> Pour un point de vue similaire: CJCE, 12 juil.1973, *Geddo*, aff.2/73, Rec, 1973, p.865; CJCE, 18 juin.1975, *IGAV c/ ENCC*, aff.97/74, Rec.1975, p.699; CJCE, 10 juil.1980, *Ariete*, aff.811/79, Rec.1980, p.2545; CJCE, 7 févr.1984, *Duphar*, Rec, 1984, p.523; CJCE, 11 juil.1985, *Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. 107/84, Rec.1985, p.2655; CJCE, 4 mai.1988, aff. 30/87, *Bodson c/ Pompes funèbres*, Rec. 1988, p.2479; CJCE 18 mars.1997, *Diego Cali & Figli Srl c/ Servizi ecologici porto di Genova SpA*, aff. C-343/95, Rec. 1997, p.I-1547; CJCE, 12 sept.2000, *Commission c/ Irlande*, aff.C-358/97, Rec.2000, p.I-6301; CJCE, 12 sept.2000, *Commission c/ Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, aff.C-359/97, Rec.2000, p.I-6355; CJCE, 12 sept.2000, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-408/97, Rec.2000, p.I-6417; CJCE, *Commission c/ Grèce*, aff. C-260/98, Rec.2000, p.I-6537. Pour une discussion de ce point: M. COZIAN, «La notion d'activité économique vue à travers le prisme de la Cour de Justice des Communautés européennes en matière de TVA», in *Mélanges en l'honneur de C. Champaud*, Dalloz, 1997, p.225-244.

l'activité litigieuse constituait une *activité économique*<sup>61</sup>. La Cour tranche alors en s'appuyant sur un argument d'autorité: «(...) Une telle activité de surveillance, **par sa nature**, son objet et les règles auxquelles elle est soumise, se rattache ainsi à l'exercice de prérogatives de puissance publique relatives à la protection de l'environnement qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique. Elle ne présente pas un caractère économique justifiant l'application de règles de concurrence»<sup>62</sup>. Sans sortir du cadre du litige on mesure la difficulté d'apprécier si une activité entre ou, à l'inverse, échappe aux règles de concurrence<sup>63</sup>.

Ainsi, lorsqu'en 1994 la Cour juge que les redevances perçues par *Eurocontrol* échappent au droit de la concurrence<sup>64</sup>, le TPIUE soutient à plus de dix ans d'intervalle une position contraire: «Dans l'exercice de ses activités d'assistance aux administrations nationales, «Eurocontrol» est une entreprise au sens de l'article 82 CE, étant donné qu'il s'agit d'une activité économique. En effet, cette activité d'«Eurocontrol» est dissociable de sa mission de gestion de l'espace aérien et de développement de la sécurité aérienne»<sup>65</sup>. En effet, une entreprise, *SELEX*, soulevait devant les juges, la question du régime des activités de conseil exercées par *Eurocontrol* en lien avec sa mission de police. Là-dessus, le Tribunal décide que l'activité de conseil et d'assistance litigieuse n'est qu'indirectement liée à la mission «d'intérêt général» exercée par *Eurocontrol*. En tant que telle, elle est «détachable» des prérogatives de puissance publique de l'organisme public: «(...) s'agissant d'un organisme public, et compte tenu de ce que les dispositions traitées en matière de concurrence sont applicables aux activités détachables de celles exercées dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, les différentes activités d'une telle activité sont à

---

<sup>61</sup> CJCE, 10 déc.1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, aff. C-179/90, Rec.p.I-5889. Les conclusions de l'avocat général Cosmas, indiquent: «La Commission ne conteste pas que les opérations de surveillance antipollution effectuées en cas de chargement ou de déchargement de produits pétroliers constituent un service d'utilité publique à caractère économique. Cependant, considérant que, à l'époque des faits concernés, SEPG relevait du CAP, elle soutient que le CAP et SEPG forment une entité économique unique, de telle manière que tout acte de SEPG peut être imputé directement au CAP. Invoquant la jurisprudence *Merci*, elle considère que la Cour a jugé à plusieurs reprises que le CAP présentait toutes les caractéristiques nécessaires pour être considéré comme une entreprise au sens de l'article 86 du traité.», *op.cit.*, pt.69.

<sup>62</sup> CJCE 18 mars.1997, *Diego Cali*, *op.cit.*, aff. C-343/95, pts.16 et 23, note P. Bonassies, *Le Droit Maritime français*, 1998, p.22; note M-A. Hermitte, *chron. JDI*, 1998, p.538-539; note L. Idot, *Europe*, mai.1997, comm. n°160, p.20; dans le même sens: TPICE 12/12/06, *SELEX Sistemi Intergrati c/Commission*, aff. T- 155/04

<sup>63</sup> Par ex: CJCE, 7 sept.2006, *T-Mobile Austria*, aff.C-284/04, Rec.2007, p.I-5189, pt.43, note O. Odudu, *CMLR*, 2008; note L. Vallée, *RJEP*, 2008, p.1269-1277; concl. J. Kokott, présentées, le 7 sept.2006

<sup>64</sup> CJCE, 19 janv.1994, *Fluggesellschaft c/ Eurocontrol*, aff.C-364/92, Rec.p.I-43

<sup>65</sup> TPICE, 12 déc.2006, *SELEX Sistemi Integrati Spa*, aff.T-155/04, Rec.2006, p.II-4797; note L. Arcelin, «Etre ou ne pas être une entreprise. C'est la question...», *RLC*, 2007, n°11, p.21-24; note J-P. Kovar, «Le tribunal précise la notion d'activité économique et confirme la jurisprudence Fenin sur la qualification d'activité d'achat», *Concurrences*, n°1, 2007, p.168-170; note L. Idot, «Retour sur la notion d'entreprise», *Europe*, févr.2007, comm. n 68, p.24-25; note C. Prieto, *chron. JDI*, 2007, p.668-671.

*examiner individuellement et on ne saurait déduire de l'assimilation de certaines d'entre elles à des prérogatives de puissance publique que les autres activités ne puissent avoir un caractère économique*»<sup>66</sup>. Le moyen est toutefois rejeté au motif qu'en l'espèce, *SELEX* n'a pas apporté la preuve de la violation de l'article 102. La Cour censure le raisonnement<sup>67</sup>. Elle juge, à l'inverse du Tribunal, que l'activité de conseil et d'assistance d'*Eurocontrol* n'est pas dissociable de l'activité de police qu'elle exerce par ailleurs<sup>68</sup>.

De l'ensemble de ces développements, il apparaît que les conditions de soustraction d'une activité de prérogative de puissance publique obéissent à des critères stricts. Au-delà, la référence à la «nature» fonde la justification d'une interprétation restrictive en ce qu'elle permet d'opposer l'exercice d'une activité dérogatoire aux règles de concurrence.

---

<sup>66</sup> TPICE, *SELEX Sistemi*, *op.cit.*, pt 47.

<sup>67</sup> Pour plus d'éclaircissements, v., conclusions de l'avocat général Mme Trstenjak, présentées le 3 juil.2008, sous l'affaire *SELEX* jugée par le TPICE, aff.113/07 P, pt.57; CJCE, 26 mars.2009, *Selex Sistemi Integrati c/ Commission*, aff. C-113/07 P, note E. Broussy, F. Donnat, *et.al*, *chron. AJDA*, 2009, p.988-989; note L. Idot, *Europe*, mai.2009, *comm.* n°198, p.23-25; note J-P. Kovar, *Concurrences*, n°2, p.212-213; note A-L. Sibony, *Concurrences*, n°2, 2009, p.117. Même divergence de points de vue entre le Tribunal et la Cour dans l'affaire *FENIN v. Commission*: TPICE, 4 mars. 2003, *FENIN c/Commission*, aff. T-319/99, *Rec.* 2003, p.II-357, pt.19. CJCE, 11 juil.2006, *FENIN*, aff. C-205/03 P, *Rec.* 2006, p.I-06295

<sup>68</sup> Conclusions V. Trstenjak, *Selex Sistemi Integrati /Commission et Eurocontrol*, aff. C-113/07: «À mon avis, on peut néanmoins avoir des doutes quant à l'exactitude des conclusions que le Tribunal a formulées aux points 86 à 92 de l'arrêt attaqué, dans la mesure où les arguments que celui-ci avance plaident plutôt, dans leur ensemble, en défaveur de la reconnaissance de la qualité d'activité économique aux activités d'assistance exercées par Eurocontrol. Il faut approuver Eurocontrol lorsqu'elle affirme que le motif du point 87 de l'arrêt attaqué contient la seule argumentation qui puisse réellement fonder la conclusion du Tribunal. Le Tribunal y énonce, en ce qui concerne les activités d'Eurocontrol liées à l'assistance aux administrations nationales prenant la forme de conseils, qu'il s'agit «d'une offre de services sur le marché des conseils, marché sur lequel pourraient tout aussi bien agir des entreprises privées spécialisées en la matière». On ne voit cependant pas sur quoi le Tribunal se fonde pour affirmer cela, dès lors qu'aucune preuve n'a été apportée en faveur de cette thèse. Le Tribunal relativise en outre sa conclusion, dans la mesure où il admet lui-même au point 89 de l'arrêt attaqué que «les services en cause ne sont pas actuellement offerts par des entreprises privées» (...) Le type d'analyse utilisé par le Tribunal correspond donc à une procédure d'exclusion, qui ne permet pas de répondre affirmativement à la question de savoir si l'activité litigieuse doit être considérée comme économique (...) Il me semble que, contrairement à ce qu'a estimé le Tribunal, le fait qu'Eurocontrol n'offre son activité qu'à la demande des administrations nationales n'est pas décisif, dès lors que l'on peut imaginer, d'une part, que certaines administrations sont davantage en mesure que d'autres de préparer des procédures d'appel d'offres correspondant aux spécifications techniques d'Eurocontrol, sans avoir besoin de son aide. D'autre part, le Tribunal oublie que le caractère optionnel d'une activité donnée n'est pas déterminant, puisque Eurocontrol exerce également des prérogatives relevant typiquement de la puissance publique, telles que l'activité de contrôle opérationnel du trafic aérien, sur demande des États membres, ainsi que le Tribunal l'a justement observé dans l'arrêt *SAT Fluggesellschaft*».

## b- L'interprétation extensive ou par analogie

Une technique argumentative plus répandue et qui constitue le ressort de l'application hégémonique du droit de la concurrence est celle de l'interprétation par analogie<sup>69</sup>. L'analogie ne s'entend pas ici comme mettant en comparaison deux situations identiques. Par souci de clarté, il serait plus juste de parler, concernant la Cour, de «fausse analogie». Il s'agit en réalité de présupposer l'homologie de deux activités afin d'étendre le régime de la première à la seconde. L'analogie ne se constate pas; elle se crée et se construit par un mode d'argumentation qui procède par similitudes exprimées sous forme d'indices. À la différence d'une interprétation restrictive, il est donc question ici d'opérer par incorporation au moyen de présomptions<sup>70</sup>. Afin de justifier cette présomption, la Cour va, tout comme pour l'interprétation restrictive, étayer sa démonstration à partir d'un certain nombre d'indices dans le but de parvenir à la qualification souhaitée. L'intérêt de la polysémie qui s'attache au critère d'*activité économique* révèle ici toute son importance. L'entreprise privée<sup>71</sup>, ou encore l'activité sur un marché<sup>72</sup> sont utilisées comme modèles de comparaison<sup>73</sup>. À leur tour, ces modèles prennent la forme d'indices: l'activité est-elle exercée en vue d'un profit<sup>74</sup>? Est-elle susceptible d'être en concurrence potentielle avec des activités marchandes similaires<sup>75</sup>? Fonctionne-t-elle sur le modèle commercial<sup>76</sup>? Relève-t-elle des domaines monétaires ou fiscaux<sup>77</sup>? Mobilise-t-elle des risques financiers<sup>78</sup>? En cas de réponse positive, le droit de la concurrence s'applique.

---

<sup>69</sup> Par ex: CJCE, 23 avr.1991, *Höfner et Elser*, aff.C-41/90, Rec.1991, p.I-1979; CJCE, 25 oct.2001, *Ambulanz Glöckner*, aff. C-475/99, Rec.2001, p.I-8089, note M. Bazex, S. Blazy, «Analyse économique du droit appliquée au service public», *DA*, n°3, 2002; note L. Idot, *Europe*, déc.2001, comm. n°372, p.21-23.

<sup>70</sup> Sur la question du critère comparatif: concl. P. Maduro sur l'affaire CJCE, 11 juil.2006, *FENIN c/ Commission*, aff.205/03P, Rec.2006, p.I-6295, pt.28.

<sup>71</sup> CJCE, *Firma Ambulanz Glöckner*, *op.cit.*; pt.20; TPICE, 12 déc. 2000, *Aéroports de Paris c/ Commission*, aff. T-128/98, Rec. p.II-3929, note L. Idot, *Europe*, févr.2001, comm. n°62, p.21-22; note C. Prieto, chron, *JDI*, 2001, p.667-670.

<sup>72</sup> CJCE, 12 sept.2000, *Pavlov e.a.*, aff.C-180/98 à C-184/98, Rec.p.I-6451, note L. Idot, *Europe*, nov.2000, comm. n°355, p.20-21; note S. Poillot-Peruzzetto, *CCC*, 2000, comm. n°180, p.18; note A. Rigaux, *Europe*, nov.2000, comm. n°41, p.11-12; CJCE, 9 févr.2002, *Wouters e.a.*, aff.C-309/99, Rec.p.I-1577, pt.47. Pour une analyse des rapports entre protection sociale et concurrence: E. PUTMAN, «Droit de la concurrence et ordre concurrentiel», in *Mélanges en l'honneur de A. Pirovano*, ed. Frison-Roche, 2003, p.515-522.

<sup>73</sup> CJCE, 10 janv.2006, *T-Mobile Austria*, Rec.2007, p.I-5189

<sup>74</sup> CJCE, 16 nov.1995, *FFSA*, aff. C-244/94, *op.cit.*, note J-B. Blaise, *Rev.aff.eur.*, 1996, p.67-72; note M-A. Hermitte, chron, *JDI*, 1996, p.529-530; note P. Laigre, *Droit Social*, 1996, p.82-88; note L. Vogel, *RMC*, 1997, p.134.

<sup>75</sup> TPICE, 12 déc.2006, *SELEX c/Commission*, aff. T-155/04, *op.cit.* Pour une analyse détaillée de ces points, v., L. IDOT, «La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel», *op.cit.*, p.528.

<sup>76</sup> Cass.com, 12 déc.1995, *DMN/SJT*, n°93-13880

<sup>77</sup> CJCE, *Commission c/ Italie*, *op.cit.*

<sup>78</sup> CJCE, 18 juin.1998, *Commission/Italie*, aff. C-35/96, Rec.1998, p.I-3851, préc, note P. Arhel, *LPA*, 1998, n°139, p.24-25; note L. Idot, *Europe*, août/sept.1998, comm. n°288, p.17-18. On peut d'ailleurs remarquer que le

La présomption qui préside à l'examen de l'activité souhaitée se fonde sur des questions du type: l'activité en cause est-elle exercée dans les mêmes conditions qu'une entreprise concurrente? Serait-elle susceptible de l'être? Où, de façon plus extensive, peut-elle être exercée dans les mêmes conditions sur un marché? L'arrêt *Höfner* offre l'illustration d'un tel raisonnement par analogie<sup>79</sup>. Une société (ci- après *MACROTON*) avait signé avec deux conseils en recrutement (K. Höfner et F. Elser), un contrat par lequel les seconds s'engageaient à assister la première pour l'embauche d'un directeur de service. Suite à des désaccords sur le recrutement du directeur, un litige en était résulté. Or, la législation allemande instituait en matière de placement un monopole, de sorte que les activités exercées par des entreprises privées ou des conseils étaient formellement interdites. Partant, *MACROTON* s'engage sur le terrain du droit européen en invoquant la violation des articles 90§2 et 86 du traité de Rome. Sur ce, le juge allemand sursoit à statuer et pose à la Cour une question préjudicielle portant sur la légalité du régime allemand en matière de placement.

L'avocat général Jacobs, suivi par la Cour, construit sa démonstration en plusieurs étapes. Il examine d'abord le régime juridique de l'organisme allemand de recrutement public, la *Bundesanstalt für Arbeit*. L'organisme est régi par certaines dispositions de l'Organisation Internationale du Travail. Celles-ci prévoient une suppression progressive des bureaux de placement payants à fin lucrative. L'avocat général note cependant, qu'il est possible de déroger de façon exceptionnelle à ces dispositions dès lors: «*qu'il ne saurait être convenablement pourvu dans le cadre du service public de l'emploi*»<sup>80</sup>.

Cette remarque faite, l'avocat en vient à l'interprétation des dispositions du droit national. Si les dispositions de la loi allemande attribuent effectivement à une entité publique un monopole en matière de placement, elles n'écartent pas toute possibilité de s'adresser à des entreprises ou conseils privés<sup>81</sup>. L'analyse du régime juridique de la *Bundesanstalt für Arbeit*

---

terme de «risque» utilisé par le juge n'est en rien équivalent à celui qu'utilisent les économistes. Pour une analyse de ces questions: L. VIDAL, «Le juge administratif, l'économie et le contrat: réflexions à propos de deux arrêts du Conseil d'Etat» *RFDA*, 1999, p.1147; J-C. DOUENCE, «Observation sur l'application à certains contrats de la distinction entre marchés et délégations fondée sur le mode de rémunération» *RFDA*, 1999, p.1134; J-B. AUBY, T. KIRAT, *Le contenu et la portée économique des règles de droit. Application dans la répartition des risques dans les contrats administratifs*, GIP, Mission Droit et Justice, 2003.

<sup>79</sup> CJCE, *Höfner*, *op.cit.*, conclusions de l'avocat général Jacobs, Rec.1991, p.I-1979

<sup>80</sup> Concl. Jacobs, *op.cit.*, pt.4.

<sup>81</sup> Pour une autre démonstration du même ordre: CJCE, 25 oct.2001, *Firma Ambulanz Glöckner*, aff. C-475/99, Rec.2001, p.I-8089; pour déduire la qualification d'entreprise à un service de transport de malades l'avocat général souligne: «(...) Dans le cas présent, il ressort clairement des faits de la procédure principale que le transport non urgent de malades a aussi été assuré dans le passé en Allemagne par des entreprises privées, dans un but lucratif. Il ressort en outre du dossier que *Ambulanz Glöckner* a aussi fourni dans le passé des services de transport d'urgence. Rien n'indique donc que le transport d'urgence ou le transport de malades sont par nature tels que ces services doivent nécessairement être assurés par des organismes publics. La question de savoir si le transport d'urgence ou le transport de malades génèrent des bénéficiaires dépend uniquement de la rémunération

est ensuite confrontée à un certain nombre d'éléments factuels: en se fondant sur des chiffres produits par la Commission, l'avocat général indique que la *Bundesanstalt* peine à accomplir efficacement sa mission de placement. Il apparaît que l'organisme n'assume ses missions de placements que pour, à peine, 28% des postes de cadres ou de dirigeants allemands. Cette grille de lecture va servir de trame à la qualification d'espèce. L'inefficacité du *Bundesanstalt* en matière de placement constitue donc un argument qui plaide pour l'ouverture du marché de placement à la concurrence. Plus encore, l'avocat général assimile l'activité de placement à une prestation de service. Il ajoute que cette activité peut tout aussi bien être accomplie par des entreprises privées sans que cela fasse échec à la mission économique d'intérêt général du *Bundesanstalt*. C'est précisément l'assimilation de cette activité avec celles susceptibles d'être réalisées par des opérateurs privés qui fonde la démonstration de l'avocat général<sup>82</sup>.

Un même raisonnement anime la Cour lorsqu'elle connaît de l'examen des régimes de protection sociale<sup>83</sup>. La présomption consiste à examiner ici si le régime en cause fonctionne selon un principe de capitalisation<sup>84</sup>. La difficulté en cette matière est que nombre de régimes sont situés au croisement du domaine social et concurrentiel. Et ce n'est que lorsque le juge est convaincu que le fonctionnement de l'activité ne fait appel à aucune logique de profit, qu'il la soustrait aux règles de concurrence<sup>85</sup>.

La Cour, dans le domaine de la protection sociale, se demande d'abord si l'activité en question est susceptible d'être exercée sur un marché. Ce n'est qu'une fois que cette présomption n'est pas satisfaite qu'elle soustrait l'activité au droit de la concurrence. Comme

---

*que l'opérateur obtient pour ses services. De plus, la juridiction de renvoi indique que, en vertu du droit civil allemand également, le rapport entre l'opérateur d'un service d'ambulance et le patient est considéré comme un contrat de service «ordinaire». La fourniture de services de transport en ambulance constitue donc une activité économique au sens de la jurisprudence de la Cour.»*

<sup>82</sup> CJCE, 16 juin.1987, *Commission/Italie*, aff.118/85, Rec.p.2599; CJCE, 18 juin.1998, *Commission/Italie*, aff. C-35/96, Rec.1998, p.I-3851; CJCE, 16 mars 2004, *AOK-Bundesverband e.a.*, aff.C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, Rec.p.I-2493, note M. Bazex, S. Blazy, *DA*, 2004, n°74; note L. Idot, *Europe*, mai.2004, comm. n°141, p.26-27.

<sup>83</sup> Par ex, CJCE, 16 nov.1995, *FFSA c/ Ministère de l'agriculture et de la pêche*, aff.C-244/94, Rec.p.I-4013; CJCE, 5 mars.2009, *Kattner Stahlbau GmbH c/ Maschinenbau*, aff.C-350/07, Rec.2009; concl. J.Mazák, présentées le 18 nov.2008; pour une étude approfondie de cette question: L. DRIGUEZ, *Droit social et droit de la concurrence*, Bruylant, Bruxelles, 2006; D. GABIN, «Principes communautaires et régimes professionnels de retraite», in P. HASSENTEUFEL, S. HENNION-MOREAU (dir.), *Concurrence et protections sociale en Europe*, op.cit, p.127-147; L. GYSELEN, «L'applicabilité des règles de concurrence communautaire à des régimes de protection sociale», in *Mélanges en l'honneur de Michel Waelbroeck*, T.II, Bruylant, 1999, p.1071-1099; S. HENNION-MOREAU, «Principes communautaires et droit de la protection sociale», in P. HASSENTEUFEL, S. HENNION-MOREAU (dir.), *Concurrence et protection sociale en Europe*, PUR, 2003, p.41-50.

<sup>84</sup> CJCE, 17 févr.1993, *Poucet et Pistre*, aff. C-159 et 160/91, Rec.p.I-637; CJCE, 22 janv.2002, *Cisal*, aff.C-218/00, Rec.2002, p.I-691; CJCE, *AOK-Bundesverband e.a.*, 16 mars. 2004, aff. C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, Rec.p.I-2493; TPICE, 4 mars. 2003, *FENIN c/ Commission*, aff. T-319/99, arrêt confirmé par CJCE, 11 juin.2006, *FENIN/ Commission*, aff. C-205/03 P, Rec.2006, p.I-6295.

<sup>85</sup> C. DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Thèse, LGDJ, 2004, p.95.

l'indique la jurisprudence *Poucet et Pistre*<sup>86</sup>: «(...) les plus nantis et ceux qui, en l'absence d'un tel régime et compte tenu de leurs moyens et conditions de santé, seraient privés de la couverture sociale nécessaire»<sup>87</sup>. Mais pour faire échapper l'activité des caisses mutuelles régionales du Languedoc Roussillon à l'application des articles 101 et 102, la Cour compare au préalable le fonctionnement de ces caisses avec celui d'entreprises privées<sup>88</sup>. L'activité de régimes complémentaires, essentiellement fondée sur un principe de capitalisation, est qualifiée d'activité économique précisément en ce qu'elle fonctionne sur le modèle d'entreprises privées<sup>89</sup>. Est reconnu comme tel: «(...) un fonds de pension chargé de la gestion d'un régime de pension complémentaire, instauré par une convention collective conclue entre les organisations représentatives des employeurs et des travailleurs d'un secteur déterminé, auquel l'affiliation a été rendue obligatoire par les pouvoirs publics pour tous les travailleurs de ce secteur, et qui fonctionne selon le principe de la capitalisation et exerce une activité économique en concurrence avec les compagnies d'assurances. Ni l'absence de but lucratif ni la poursuite d'une finalité sociale ne suffisent à enlever à un tel fonds sa qualité d'entreprise au sens des règles de concurrence du traité»<sup>90</sup>.

Les modes de raisonnement qui sous-tendent l'appréciation du critère d'*activité économique* ont permis de se pencher sur la manière dont cette catégorie était instrumentalisée par la Cour dans la délimitation du champ d'application du droit de la concurrence. Mais on pourrait aussi s'appesantir sur l'intérêt qu'ont les requérants de se prévaloir d'un tel régime.

## B- L'instrumentalisation de l'*activité économique* par les acteurs économiques et ses limites

Jusqu'ici, l'*activité économique* n'a été examinée que sous l'angle des interprètes. À cet égard l'interprétation de ce critère donne une grande marge de liberté à la Cour. On pourrait toutefois décentrer quelque peu l'analyse et se demander quel intérêt ont les acteurs

---

<sup>86</sup> CJCE, *Poucet et Pistre*, *op.cit.*

<sup>87</sup> CJCE, *Poucet et Pistre*, *op.cit.*, pt.10.

<sup>88</sup> CJCE, *Poucet et Pistre*, aff. C-159/91 et 160/91, concl. G. Tesaurò, Rec. p.I-637; CJCE, 12 sept.2000, *Pavlov e.a.*, aff.C-180/98 à C-184/98, Rec.p.I-6451; CJCE, 9 févr.2002, *Wouters e.a.*, aff.C-309/99, Rec.p.I-1577, pt.47; CJCE, 16 mars.2004, *AOK-Bundesverband e.a.*, aff. C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, Rec.p.I-2493; CJCE, 12 sept.2000, *Pavlov e.a.*, aff.C-180/98 à C-184/98, Rec.p.I-645, *op.cit.*

<sup>89</sup> CJCE, 16 nov.1995, *FFSA*, aff. C-244/94, Rec.1995, p.I-4013; CJCE 12 sept.2000, *Pavlov, e.a.*, aff.C-180/98, Rec.2000, p.I-6451

<sup>90</sup> CJCE 21 sept.1999, *Brentjens*, aff. C-115/97 et C-117/97, Rec.1999, p.I-6025, note, A. Rigaux, D. Simon, *Europe*, nov.1999, comm. n°369, p.14; note L. Gyselen, *CMLR*, 200, p.425-448; note C. Prieto, *chron. JDI*, 2000, p.510-513. Le même raisonnement est tenu dans les affaires *FFSA*, *op.cit.*, et *Albany*, CJCE, 21 sept.1999, aff. C-67/96, Rec.1999, p.I-5751

économiques de se prévaloir de la qualification d'entreprise devant le juge. En le faisant, il s'agit de montrer l'intérêt pratique qui s'attache à se prévaloir du critère de l'*activité économique*. Et l'on peut d'ores et déjà mesurer l'enjeu d'un tel régime d'un point de vue économique: sans son application, il n'y a tout simplement aucune possibilité d'accéder à un ou plusieurs marchés potentiels. A. Masson qualifie ce type de stratégie «d'entreprenariat judiciaire»<sup>91</sup>. Les acteurs économiques créent le contentieux dans le but d'aboutir à l'ouverture de nouveaux marchés en contournant l'obstacle politique que représentent certaines législations nationales.

C'est ainsi que *l'effet utile* du droit de la concurrence a été opposé en France, à la législation sur le prix du livre ou encore celle des carburants<sup>92</sup>. C'est ce qu'illustre aussi la jurisprudence *Höfner*<sup>93</sup>. Et l'on pourrait multiplier les exemples d'affaires où les acteurs économiques se saisissent du droit de la concurrence dans le but d'accéder à de nouvelles opportunités d'échanges<sup>94</sup>. L'intérêt économique des acteurs rejoint ici celui politique de la Cour<sup>95</sup>. L'instrumentalisation du critère d'*activité économique* comporte cependant des limites évidentes. Les activités de police en sont l'exemple type, mais il faudrait aussi y ajouter l'autonomie reconnue aux États membres dans la gestion de leurs systèmes de santé<sup>96</sup>

---

<sup>91</sup> L'auteur définit cette expression comme: «(...) le fait pour un groupe d'intérêt d'organiser un procès non pas pour voir trancher un litige, mais pour faire évoluer le droit positif, ce dernier étant perçu comme le «résultat d'un investissement sur le terrain de la jurisprudence, réalisé, pour le compte de leur clients, par ceux que Mc Barnett qualifie de «legal entrepreneur», A. MASSON, «Essai sur l'origine normative des stratégies juridiques», in A. MASSON, *Les stratégies juridiques des entreprises*, Larcier, 2009, p.144.

<sup>92</sup> Telle fut par exemple la stratégie du groupe *Leclerc*: CJCE, 10 janv.1985, *Association des centres de distributeurs E. Leclerc et autres c/ SARL au Blé Vert et autres*, aff. C-229/83, Rec.1985, p.1; CJCE, 29 janv.1985, *Henri Cullet et Chambre syndicale des réparateurs automobiles et détaillants de produits pétroliers c/ Centre Leclerc à Toulouse et Centre Leclerc à Saint-Orens-de-Gameville*, aff. C-231/83, Rec.1985, p.305; CJCE, 11 juil.1985, *SA Saint-Herblain distribution, Centre distributeur Leclerc et autres c/ Syndicat des libraires de Loire – Océan*, aff. C-299/83, Rec.1985, p.2515; CJCE, 25 sept.1985, *Procureur de la République c/ M. Leclerc*, aff. C-34/84, Rec. 1985, p.2915; CJCE, 25 sept.1985, *SA Établissements Piszko et autres c/ SA Dammarie Distribution "Centre Leclerc" et SA Carrefour Supermarché*, aff. C-114 et 115/84, Rec.1985, p.2961; CJCE, 9 févr.1995, *Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec c/ TF1 Publicité SA et M6 Publicité SA*, aff. C-412/93, Rec.1995, p.I-179

<sup>93</sup> CJCE, 23 avr.1991, *Höfner et Elser c/ Macroton*, aff. C-41/90, *op.cit.*

<sup>94</sup> Par exemple: CJCE, 25 oct.2001, *Ambulanz Glöckner*, aff. C-475/99, Rec.2001, p.I-8089; CJCE, 16 nov.1995, *FFSA c/ Ministère de l'Agriculture et de la pêche*, aff.C-244/95, Rec.1995, p.I-4013; CJCE, 21 sept.1999, *Albany*, aff.C-67/96, Rec. p. I-5751; CJCE, 3 oct.2000, *Ferlini*, aff.C-411/98, Rec.p.I-8081; CJCE, 1<sup>er</sup> juil.2008, *MOTOE c/ Elliniko Dimosio*, aff.C-49/07, Rec.2008, p.I-4863, note E. Broussy, F. Donnat, *et.al*, chron, *AJDA*, 2008, p.1538-1539; note F. Chatiel, C. Berr, *et.al*, chron, *JDI*, 2009, p.693-694; note A-L. Sibony, *Concurrences*, n°4, 2008, p.87-89.

<sup>95</sup> Centre d'Etudes Internationales et Européennes (CEIE), *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, G. ECKERT, Y. GAUTIER, *et.al*, (dir.), PUS, 2007, p.163-251.

<sup>96</sup> Conformément à l'article 168, paragraphe 5, TFUE, «[l']action de la Communauté dans le domaine de la santé publique respecte pleinement les responsabilités des États membres en matière d'organisation et de fourniture de services de santé de soins médicaux». Concernant l'organisation de la sécurité sociale, l'article 137, paragraphe 4, CE dispose que «les dispositions arrêtées en vertu du présent article ne portent pas atteinte à la faculté reconnue aux États membres de définir les principes fondamentaux de leur système de sécurité sociale et ne doivent pas en affecter sensiblement l'équilibre financier». CJCE, 28 avril.1998, *Kohll*, aff. C-



ou encore l'achat à titre final<sup>97</sup>. S'il ne fait aucun doute que l'*activité économique* constitue le moyen d'accéder à de nouvelles opportunités d'échanges, il arrive plus rarement, qu'elle serve à se protéger d'autres concurrents. L'achat à titre final est de celle des activités mentionnées à l'instant qui échappe au droit de la concurrence. Pourtant, il peut arriver des cas dans lesquels, dans sa relation avec un acheteur, l'acteur économique soit en position d'infériorité. Dans ce cas précis, le droit de la concurrence est invoqué dans le but de rétablir une égalité de rapports. C'est ce point que nous voudrions examiner à travers l'arrêt *FENIN*<sup>98</sup>.

La *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria* (FENIN) introduit sur le fondement de l'article 102 TFUE, une plainte devant la Commission. Cette plainte est adressée à l'encontre d'un ensemble de vingt-six entités publiques, dont trois ministères du gouvernement espagnol qui gèrent le système national de santé (SNS). La *FENIN*, qui fournit du matériel médical au SNS dénonce les retards de paiement considérables dont elle est l'objet (300 jours). Elle soutient par ailleurs, que ces retards dont elle avait été victime, résultent de la position dominante que détient le SNS sur le marché de l'achat des matériels sanitaires<sup>99</sup>. Et ce, d'autant que le SNS acquittait ses dettes dans des délais beaucoup plus raisonnables vis-à-vis d'autres concurrents que la *FENIN*. La requérante fait par conséquent remarquer qu'une telle situation de dépendance ne lui permet pas de disposer de moyens de contraintes substantiels à l'égard du SNS. À cette fin, elle suggère de faire entrer l'activité du SNS dans la

---

158/96, Rec.p.I-1931, pt.17; 12 juil.2001, *Smits et Peerbooms*, C-157/99, Rec.p.I-5473, pt.44; CJCE, 16 mai 2006, *Watts*, C-372/04, Rec.p.I-4325, pt 92; CJCE, 5 mars.2009, *Kattner Stahlbau GmbH c/ Maschinenbau*, aff.C-350/07, Rec.2009; concl. J. Mazák, présentées le 18 nov.2008.

<sup>97</sup> Autrement dit, l'achat orienté vers un processus de consommation final *a contrario* de l'achat à titre intermédiaire dont l'exemple type reste l'achat pour revendre: CJCE, 11 juil.2006, *FENIN c/ Commission*, aff.C-205/03 P, *op.cit*, *Rapport annuel Conseil de la concurrence*, 1991, p.27; CA Paris, 25 janv.1994, *CEP Expositum*, BOCCRF, n°3/94; Déc.93-D-13 du 18 mai.1993, *relative à des pratiques relevées dans le secteur de la manutention des matériels exposés dans les salons de biens d'équipement professionnel*, BOCCRF, n°11/93; CA Paris, 27 janv.1998, BOCCRF, n°2/98; Déc.93-D-21 du 8 juin.1993, *relative à des pratiques mises en oeuvre lors de l'acquisition de la Société européenne des supermarchés par la société Grands Magasins B du groupe Cora*; Déc.03-D-11 du 21 févr.2003, *relative à des pratiques mises en oeuvre par la centrale de référencement Opéra*. Pour une analyse de la question: L. RICHER, «L'application du droit de la concurrence aux marchés publics», *CJEG*, 1989, p.295-328; M. BAZEX, «Le Conseil de la concurrence et les marchés publics», *AJDA*, 1994, p.1-6; E. BERKANI, «Droit de la concurrence et commande publique: Etats des lieux d'un vieux couple», *Concurrences*, n°1, 2007, p.58-67; O. GUEZOU, *Les comportements anticoncurrentiels dans la passation des marchés publics*, Thèse Université Paris X, 1998.

<sup>98</sup> CJCE, 11 juil.2006, *FENIN c/ Commission*, aff.C-205/03 P, Rec.2006, p.I-06295; TPICE, 4 mars.2003, *FENIN c/ Commission*, Rec.2003, p.II-00357; notes, L. Arcelin, *RLC* 2006, n°9, p.29-30; M. Bazex, *CCC*, 2006, n°11, p.13-14; S. Destours, *RLC* 2006, n°9, p.53-54; L. Idot, *Europe*, n°10, p.22-23; R. Kovar, *CMP*, n°1, p.7-13. Pour un raisonnement similaire en droit national: CE, 23 févr.2005, *Association pour la transparence des marchés publics*, n°264712, 265248, 265281 et 265343, note G. Clamour, *RLC*, n°4/2005, p.49-50.

<sup>99</sup> Il faut de surcroît ajouter que FENIN réalise 80% de son chiffre d'affaires avec le SNS qui est son principal client.

qualification d'*activité économique* ce qui permettrait de sanctionner les entités publiques gestionnaires sur le fondement de l'article 102 TFUE<sup>100</sup>.

La Commission rejette l'argument<sup>101</sup>. D'abord en raison du fait que les entités gestionnaires du SNS participent à la gestion d'un service de santé publique. Pour la Commission, la présence d'entités publiques constitue un indice sérieux qui accrédite son interprétation. Ensuite parce que le SNS fonctionne selon un principe de solidarité, ce qui constitue un argument de plus pour le soustraire au droit de la concurrence<sup>102</sup>. Saisi d'une requête en annulation, le Tribunal se range derrière les arguments de la Commission: «*le SNS, géré par les ministères et autres entités qui sont visés par la plainte déposée par la requérante, fonctionne conformément au principe de solidarité dans son mode de financement par des cotisations sociales et autres contributions étatiques et dans sa prestation gratuite de services à ses affiliés sur la base d'une couverture universelle*»<sup>103</sup>. Les juges notent tout de même que le comportement du SNS donne lieu à une situation de monopsonne<sup>104</sup>. Ce constat ne modifie pas pour autant le fond de l'arrêt: les activités du SNS fonctionnent sur un principe de

---

<sup>100</sup> La requérante invoquait un certain nombre de jurisprudences à l'appui de son moyen: CJCE, 16 nov.1995, *FFSA*, aff.C-244/94, Rec.p.I-4013; CJCE, 21 sept.1999, *Albany*, aff. C-67/96, Rec.p.I-5751; CJCE, 3 oct.2000, *Ferlini*, aff.C-411/98, Rec.p.I-8081

<sup>101</sup> DG Comp/IV/F.1/36.834 *FENIN c/ SNS*

<sup>102</sup> CJCE, 17 févr.1993, *Poucet et Pistre*, aff.jtes C-159/91 et 160/91, Rec.p.I-664, note, C. Bolze, *RTDCom*, 1993, p.429-430; note M-A. Hermitte, *chron. JDI*, 1994, p.503-505.

<sup>103</sup> Le statut public des entités n'a, quant à lui, pas été retenu comme un indice permettant de justifier de la non application de l'article 102 TFUE: TPICE, *FENIN c/ Commission*, 4 mars. 2003, *op.cit.*, pt.39

<sup>104</sup> Le TPICE remarque à cet égard que: «(...) dès lors qu'une entité achète un produit, quand bien même elle le ferait en grande quantité, non pas pour offrir des biens ou des services dans le cadre d'une activité économique, mais pour en faire usage dans le cadre d'une autre activité, par exemple une activité de nature purement sociale, elle n'agit pas en tant qu'entreprise du seul fait de sa qualité d'acheteur sur un marché. S'il est exact qu'une telle entité peut exercer un pouvoir économique très important, lequel pourrait donner lieu, le cas échéant, à une situation de monopsonne, il n'en reste pas moins que, dans la mesure où l'activité pour l'exercice de laquelle elle achète ces produits n'est pas de nature économique, elle n'agit pas en tant qu'entreprise au sens des règles communautaires en matière de concurrence et n'est donc pas visée par les interdictions prévues aux articles 81§1 CE et 82 CE». Rappelons que le monopsonne est la situation dans laquelle une multitude de demandeurs font face à un acheteur unique et l'on peut supposer que le SNS jouait de cette situation particulière de marché pour imposer des retards de paiements au FENIN. Or certains économistes considèrent qu'un monopsonne peut emporter un certain nombre d'effets anticoncurrentiels (v., en ce sens, M. NEUMANN, *Competition policy, history, theory and practice*, E. Elgar, 2001, p.145-146; O. FAVEREAU, «Organisation et marché», *RFE*, 1989, vol.4, p.65-96). Les motivations du TPICE illustrent d'ailleurs quelque peu l'embarras face à l'appréciation qu'il convenait de donner aux rapports commerciaux de la FENIN et du SNS. Les juges du TPICE identifient clairement que la relation du FENIN et du SNS posait un problème d'ordre économique: celui d'une situation de monopsonne. Mais ils n'en tirent pas ou se refusent à en tirer toutes les conséquences au plan de la qualification «d'entreprise». Alors que la théorie économique pouvait fournir au TPICE des ressources argumentatives nécessaires d'une justification possible de la qualification d'entreprise à la relation commerciale FENIN/ SNS, les juges ne retiennent pas ce point de vue qu'ils choisissent au contraire d'écarter fermement: seule est «économique»: «l'activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné (...) et non l'activité d'achat en tant que telle: TPICE, 4 mars.2003, *FENIN*, *op.cit.*, pts.35-37. Pour une position sensiblement proche de la FENIN, v., l'argumentation de la DGGCRF dans l'avis, Avis 00-A-16 du 14 juin.2000 *relatif à une demande d'avis du Conseil général du Loiret sur les conditions de consultation des entreprises dans le cadre de la passation de marché d'acquisition de matériels informatiques*. Indiquons enfin que dans un rapport très ancien maintenant, la Commission envisageait d'appliquer le droit de la concurrence à l'encontre des monopsones: v., *Troisième Rapport Commission CEE sur la politique de la concurrence*, Bruxelles, 1974, p.62-64.

solidarité. Elles échappent, en tant que telles, au droit de la concurrence. La Cour de justice rejoint le Tribunal et estime que l'activité du SNS n'est pas dissociable de la finalité sociale qui est la sienne<sup>105</sup>. En premier lieu, elle rappelle que la qualification d'activité économique s'entend par rapport à une offre de biens et services sur un marché. En second lieu, même à supposer que les activités d'achat du SNS le seraient en vue d'un profit ultérieur, elles ne sont pas dissociables de leur finalité sociale. La Cour affirme en ce sens: «*le SNS fonctionne conformément au principe de solidarité dans son mode de financement par des cotisations sociales et d'autres contributions étatiques ainsi que dans sa prestation gratuite de services auxdits affiliés sur la base d'une couverture universelle (...)*»<sup>106</sup>

On voit bien dans cet arrêt les limites que posent les juges aux significations du critère d'*activité économique*. Bien qu'économiques en fait, les relations d'affaires du SNS et de la FENIN n'entrent pas dans la qualification d'entreprise. C'est pourtant ce que les arguments présentés par la FENIN suggéraient: étendre le critère de l'*activité économique* aux activités d'achat. Pour ce faire, la FENIN avance devant la Cour une définition du marché qui englobe à la fois l'offre et la demande. Prudente, la Cour s'attache plutôt à se concilier l'intérêt des États membres. Comme il a été affirmé précédemment, la santé publique relève d'une compétence partagée<sup>107</sup>. Faire droit aux arguments de la FENIN revenait réduire la marge de liberté des États membres en ce domaine. Comme le notent très justement les conclusions de l'avocat général: «*Lorsqu'elle tente de déterminer si une activité assumée par l'État ou une entité étatique est de nature économique, la Cour aborde un terrain périlleux puisqu'il lui faut trouver un équilibre entre la nécessité de protéger une concurrence non faussée sur le marché commun et le respect des compétences des États membres.*»<sup>108</sup> À cela, il faut ajouter qu'étendre le critère d'*activité économique* aux activités d'achat, c'est heurter de front les règles de droit dérivées en matière de commande publique<sup>109</sup>. Si l'*activité économique*

---

<sup>105</sup> CJCE, 11 juil.2006, FENIN, aff. C-205/03 P, Rec.2006, p.I-6295

<sup>106</sup> Cette reprise du pt 39 du Tribunal affirme: «*Il est constant en l'espèce que le SNS, géré par les ministères et autres entités qui sont visés par la plainte déposée par la requérante, fonctionne conformément au principe de solidarité dans son mode de financement par des cotisations sociales et autres contributions étatiques et dans sa prestation gratuite de services à ses affiliés sur la base d'une couverture universelle. Ainsi, ces organismes n'agissent pas en tant qu'entreprises dans leur activité de gestion du SNS.*», TPICE, 4 mars.2003, FENIN, *op.cit.*, pt.39.

<sup>107</sup> J.-Y. CHEROT, «Le droit communautaire de la concurrence fonde-t-il un ordre concurrentiel? Essai sur la notion d'entreprise et d'activité économique dans la jurisprudence de la Cour», in *Mélanges en l'honneur de A. Pirovano*, *op.cit.*

<sup>108</sup> Concl. P. Maduro, *op.cit.*, pt.26. P. Maduro, ajoute à cet égard: «*(...), si l'on suivait la thèse du pourvoi, les règles relatives aux marchés publics verraient leur effet utile réduit*» in concl. *op.cit.*, pt.65. Dans le même ordre d'idées: CJCE, 23 déc.2009, CoNISMa, aff. C-305/08, concl. J. Mazàk, présentées le 3 sept.2009

<sup>109</sup> Règles de commande publique dont on sait qu'elles ont indirectement valeur constitutionnelle en droit français bien que cette question reste très discutée: M. MAHOUCHE, *La liberté contractuelle des collectivités locales*, thèse droit, Aix-en-Provence, 2001; Déc. n° 92-316 D.C du 20 janv.1993, *loi relative à la prévention de*

constitue une ressource stratégique importante entre les mains des entreprises, elle présuppose un cadre d'exercice qui est tracé par la Cour. Ce cadre est certes susceptible d'évoluer, mais cette évolution ne peut se produire qu'en tenant compte de plusieurs paramètres différents.

À la différence de l'entreprise, d'autres catégories du discours concurrentiel semblent emprunter de façon plus prégnante aux raisonnements des économistes. Celle de marché en cause en fait partie. Il faut donc pouvoir en analyser la signification avant d'affirmer si oui ou non, elle s'assimile au discours économique.

## ***Section 2: Le marché en cause***

Les lieux d'exercice de la concurrence ont été récemment abordés dans une livraison de la revue *Entreprises et Histoire*<sup>110</sup>. Les contributeurs mettaient l'accent sur le peu d'intérêt de la littérature économique sur le sujet. En droit de la concurrence, le concept de marché en cause évoque lui aussi le lieu d'exercice d'une pratique d'entreprise. À la différence près que ce lieu-ci est purement fictif. Sa délimitation est fonction de la finalité répressive qui s'attache à l'interprétation des articles 101 et 102 TFUE. Catégorie centrale du droit de la concurrence, le marché en cause permet de reconstituer l'élément matériel de l'infraction. Une précision liminaire s'impose dès à présent à propos de l'emploi du terme marché en cause par préférence à celui de marché pertinent. Marché en cause désigne la catégorie juridique par laquelle le droit de la concurrence «*délimite le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre entreprises*»<sup>111</sup>. L'expression de marché pertinent réfère quant à elle à un ensemble de concepts dérivés du modèle de concurrence pure et parfaite. Il y a lieu par conséquent de bien dissocier le marché pertinent qui est un concept de la science économique, du marché en cause, qui en constitue une forme de transposition dans l'interprétation des normes (§1)<sup>112</sup>. Il faut alors lire la catégorie de marché en cause sous le prisme d'un

---

*la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*; Rec. p. 14; *RFDA*, 1993, p. 902, note A. Roux, *LPA* 2 juin.1993, p. 4; chron. B. Mathieu, M. Verpeaux; étude D. Pouyau; *RFD const.* 1993, p. 375; Déc. n° 94-348 D. C, 3 août.1994, *loi relative à la protection sociale supplémentaire des salariés*; Déc. n° 2003-473 D. C, 26 juin.2003, Rec.p.382; Déc.n° 2004/497, D. C du 1<sup>er</sup> juil.2004, Rec.p.107; *Cah. Cons. Const.* 2004, n° 17, p.13; *RFD const.* 2004, p.609, note A. Duffy; *RTDE*, 2004, p.580, note R. Kovar; *Europe* 2004, p. 580, note X. Magnon; *LPA* 7 juil. 2004, p. 3; CE. Sect. 28 janv.1998, *Société Borg-Warner*, Lebon p. 20; *AJDA* 1998, p.287.

<sup>110</sup> *E&H*, n° spécial, *les lieux de concurrence*, n°53, 2008/4.

<sup>111</sup> Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire, n°C-372 du 9 déc.1997; *Rapport Conseil de la concurrence*, 2001, étude thématique, «*Le marché pertinent*».

<sup>112</sup> Cette dissociation s'opèrera dans un souci de clarification, en dépit du fait que nombre de jurisprudences ou de décisions d'autorités de la concurrence réfèrent au concept de «marché pertinent»: CA Paris, section, H, 9 juin.2009, n°2008/20337; CA Paris, 31 mars.2009, n°2008/11353; CA Paris, 19 févr.2003, n°06/9521; CA Paris, 11 févr.2009, n°05/16941; CA Paris, 5 nov.2008, n°2007/17382; Déc. Commission, 30 juil.2009, *VEOLIA eau /*

raisonnement pénaliste: elle présente l'intérêt de délimiter le champ matériel d'une infraction (§2).

### **Paragraphe 1: Le marché pertinent**

Conformément à la distinction opérée précédemment, marché pertinent et marché en cause sont deux concepts clairement distincts. Cela ne veut pas dire pour autant que le marché en cause ne puise pas dans le marché pertinent nombre de ses justifications, en particulier par référence au concept de substituabilité (A). Ce rapport au discours économique n'est toutefois qu'instrumental dans la mesure où le discours normatif ignore superbement les controverses et débats doctrinaux sur les concepts de substituabilité et de marché pertinent (B).

#### A- Le rapport instrumental aux concepts de marché pertinent et de substituabilité

Le rapport instrumental aux concepts de marché pertinent et de substituabilité se mesure lorsqu'on prend la peine de comparer la signification de ces termes dans le discours économique. Ces deux termes n'ont de sens qu'à travers le modèle plus général de concurrence pure et parfaite (a). Sa stipulation rend possible la signification des concepts de marché pertinent et substituabilité<sup>113</sup> (b).

##### a- Le modèle de concurrence pure et parfaite

La validité des concepts de marché pertinent et de substituabilité s'appuie elle-même sur

---

*Société des eaux de Marseille/ Société des eaux d'Arles / Société Stéphanoise des eaux*, COMP/M.5464, JO, C, 196 du 20 août.2009, p.3; Déc. Commission, 10 mars.2009, *Dassault Aviation/ TSA/Thalès*, n° COMP/M.5426; TPICE, *Volkswagen c/ Commission*, aff.T-62/98, Rec.p.II-2707

<sup>113</sup> On ne parlera ici que de substituabilité du côté de la demande. En effet, à côté de la substituabilité du côté de la demande, l'analyse du marché en cause tient compte, dans une moindre mesure, de celle de l'offre. Les lignes directrices de la Commission signalent à cet égard qu'il est tenu compte de cette forme de substituabilité lorsque celle-ci «*a des effets équivalents à ceux de la substituabilité du côté de la demande en termes d'immédiateté et d'efficacité*». (Lignes directrices 1997, *op.cit*, pt.20. Complexe, en ce qu'elle nécessite la prise en considération de nombreux critères, il est fait très peu référence à la substituabilité du côté de l'offre dans la jurisprudence ou la pratique décisionnelle. La Cour d'appel de Paris indique à cet égard que: «*Du côté de l'offre, la substitution suppose que les fournisseurs puissent réorienter leur production vers les produits ou services en cause sans coût ou risque insupportable pour se substituer à l'offreur précédent, étant observé que si la substitution nécessite de lourds investissements ou des révisions stratégiques, il n'en est pas tenu compte dans la définition du marché*», CA Paris, 19 mai.1998, *SAS France Telecom-Transpac*, BOCCRF, 18 juin.1998, p.339; Avis, 00-A-11, du 6 juin.2000 *relatif à l'acquisition par la société Assa Abloy France de la société Fichet Serrurerie Bâtiment*; Avis 01-A-08, du 5 juin 2001, *relatif à l'acquisition du groupe GTM par la société Vinci*; Déc. Commission, 4 mai.1993, *KNP/BT/VRG*, aff.IV/M/291, JO, n°L 217, du 27 août.1993, p.35-48; Déc. Commission, 20 nov.1996, *Kesko/Tuko*, aff.IV/M.784, JO, n°L 110 du 26 avr.1997, p.53-76. On se reportera sur cette question de la substituabilité du côté de l'offre, aux travaux de C. Le BERRE, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Thèse, Paris X, 2006, p.354-357

un certain nombre d'énoncés de base. Ces énoncés prennent corps dans le modèle de concurrence pure et parfaite. Les éléments déterminants de ce modèle ont été formulés par l'économiste A. Marshall puis perfectionnés par le modèle Arrow-Debreu<sup>114</sup>. En réinterprétant les énoncés initiaux du modèle de Marshall à l'aune de l'hypothèse de concurrence monopolistique, Chamberlin estime que la différenciation des produits, notamment par le phénomène publicitaire, constitue un élément dont, au-delà du prix, les consommateurs peuvent tenir compte<sup>115</sup>. C'est à partir de ces prémisses que dérivent les concepts de marché pertinent et de substituabilité. Dans un souci de clarté, nous ne nous attacherons qu'à la description générale des hypothèses fortes nécessaires à la compréhension des concepts de substituabilité et de marché pertinent.

La formalisation d'un modèle de concurrence pure et parfaite, c'est-à-dire un lieu imaginaire d'échange, où se confrontent une atomicité d'offreurs et de demandeurs indépendants les uns des autres est un préalable à la signification du marché pertinent. Ce nombre de demandeurs et d'offreurs est supposé à peu près équivalent d'un côté comme de l'autre. La confrontation qui en résulte a pour conséquence que le prix ne peut être fixé de manière unilatérale. Cela, sous réserve que les agents soient, d'une part «rationnels», ce qui veut dire qu'ils cherchent à maximiser leurs gains; et, d'autre part, que le prix soit la seule information pertinente qu'ils recherchent sur le marché. Du côté de la demande, les consommateurs disposent d'une information complète sur l'ensemble des prix proposés. Les caractéristiques des produits offerts sur le marché sont, quant à elles, supposées homogènes. Dit autrement, les biens répondent d'un même mode de production et de présentation.

L'implication déductive de ces hypothèses conduit à la situation idéale dans laquelle le prix est fixé de manière totalement impersonnelle par les forces du marché qui ne peuvent, de quelque façon que ce soit, influencer sur sa formation. Tous les agents sont en ce sens dits *price takers*. Sous ces prémisses, l'allocation des ressources est dite optimale et le prix pratiqué sur le marché ou, si l'on préfère, «prix d'équilibre», rend compte du coût marginal. Par une logique implacable, le modèle suggère que, dès l'instant où un offreur tenterait d'augmenter son prix au-dessus du «prix d'équilibre», le nombre d'acheteurs de ses produits diminuerait automatiquement; réciproquement, si le prix venait à diminuer en deçà d'un certain niveau du prix d'équilibre, les offreurs se faisant plus rares, le prix se rétablirait au prix d'équilibre. Il en

---

<sup>114</sup> Lequel se serait inspiré de Cournot et Dupuis, in B. GUERRIEN, *L'économie néo-classique*, La découverte, 1989.

<sup>115</sup> L. BIDAUD, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Litec, 2001, p.407-409. Cette dernière assertion n'a toutefois pas été clarifiée plus avant par Chamberlin. Elle constitue par conséquent une hypothèse difficilement quantifiable au regard de la complexité qu'elle soulève.

résulte que si les prix proposés sur le marché varient, ils ne peuvent donc s'écarter sensiblement au niveau d'équilibre<sup>116</sup>. Sur ces bases, il convient maintenant d'en venir aux termes de substituabilité et de marché pertinent.

#### b- Substituabilité et marché pertinent

Marché pertinent et substituabilité sont en réalité deux concepts liés. Si, comme le suggère le modèle néoclassique de concurrence pure et parfaite, on considère que les demandeurs n'orientent leurs comportements qu'en fonction du seul prix, il est alors facile d'isoler les marchés de référence sur lesquels ces consommateurs choisissent de se reporter. Il suffit pour cela de prendre la mesure de l'élasticité croisée, tant du côté de l'offre que de la demande<sup>117</sup>. Cet outil constitue l'instrument qui, par pure déduction, permet d'extrapoler, en fonction d'une variation de prix, le comportement futur des consommateurs. Si une augmentation de prix de la part d'un offreur a pour conséquence d'orienter les consommateurs vers des produits concurrents, l'élasticité sera dite souple en ce qu'elle ne fait que traduire les caractéristiques du modèle de concurrence pure et parfaite décrit précédemment.

Mais si, à l'inverse, une augmentation simulée du prix n'a pas pour conséquence de conduire les consommateurs à se reporter sur des produits concurrents, on parlera alors d'élasticité rigide. Cette rigidité sera alors interprétée comme un défaut par référence au modèle de concurrence pur et parfait sus évoqué. Une élasticité-prix croisée souple entre deux produits sera interprétée comme la conséquence logique du caractère substituable qui résulte d'un état de concurrence proche du modèle de concurrence pure et parfaite. Les deux produits appartiendront alors au même marché. À l'inverse, une élasticité rigide sera le signe qu'un produit considéré est difficilement substituable. Dans ce cas, la délimitation du marché pertinent sera restreinte au produit considéré. Sous ces différentes hypothèses, il serait possible de prendre la mesure du degré de substituabilité de produits concurrents sur un marché<sup>118</sup>. Et partant, il est aussi possible de circonscrire un marché pertinent de produits.

---

<sup>116</sup> Pour un modèle rigoureusement formulé dans le langage mathématique: M. GLAIS, P. LAURENT, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, PUF, 1983, p. 267-294; M. NEUMANN, *Competition Policy, History, Theory and practice*, Edward Elgar, 2002, p.114-134.

<sup>117</sup> Il s'agit simplement, au regard des hypothèses précédemment évoquées, et en supposant que le consommateur ne s'oriente que par rapport au prix, de procéder du côté de l'offre et de la demande, à des simulations dont le but est d'établir la propension des offreurs et des acheteurs à s'insérer dans une fourchette de prix au-delà de laquelle les acheteurs peuvent se tourner vers d'autres produits concurrents. Cette limite constitue le périmètre du marché pertinent.

<sup>118</sup> Ce à quoi répond l'indice de "LERNER": LERNER, «Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power», *Rev. Eco. Studies*, 1934, p.157. Pour une approche plus détaillée de la question: E. COMBES, *Economie et politique de la concurrence*, Dalloz, 2005, p. 325-344.

C'est l'école structuraliste, et plus particulièrement J. Bain, qui influence la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis à faire usage des concepts de substituabilité et de marché pertinent décrits précédemment<sup>119</sup>.

Un arrêt récent de la Cour de cassation affirme d'ailleurs que le concept de marché pertinent serait au nombre desquels «*la doctrine économique s'accorderait dans son ensemble*»<sup>120</sup>. L'intérêt du concept de substituabilité est de fournir un indice assez fidèle, du moins si l'on s'en tient aux hypothèses du modèle de concurrence précité, du pouvoir de marché d'une entreprise. Mais, comme la plupart des modèles hypothético-déductifs, la substituabilité et le marché pertinent restent tributaires d'axiomes. L'application pratique qui s'y attache nécessite en effet la réunion de conditions chimériques, parmi lesquelles, le prix constant et les produits homogènes<sup>121</sup>. Comme le note J. W Clark: «*La science économique offre un moyen de résoudre (le problème de la délimitation du marché) (...), mais ce modèle est quasiment impossible à utiliser de façon scientifique dans le cas par exemple, de l'analyse des données relatives aux transactions concernant la substituabilité, car la fiabilité et l'adéquation de telles données sont presque toujours sujettes à caution et parce que la plupart des tribunaux ne sont pas au fait des techniques statistiques rigoureuses qui doivent être utilisées*»<sup>122</sup>. À l'inverse de la position de la Cour de cassation, ce sont quelques-unes des critiques et controverses dont font l'objet ces deux concepts qu'il convient maintenant d'examiner.

## B- Critiques du marché pertinent et de la substituabilité

Les critiques du modèle de concurrence pure et parfaite sont un préalable pour comprendre celles des concepts de marché pertinent (a). Elle est aussi un préalable pour

---

<sup>119</sup> On retrouve les premières applications du concept dans les affaires: *Times Picayune Pub Co. c/ United States*, 345, US, 594, (1953), puis dans la célèbre affaire dite du *Cellophane fallacy US v. E.I. du Pont de Nemours*, 351-US-377-404, 1956, in L. BIDAUD, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Litec 2001, p.250-251.

<sup>120</sup> Cass.com, 6 déc.2005, n°1583

<sup>121</sup> P. CROCIANI, «The hypothetical monopolist test: what it can and cannot tell you», *ECLR*, 2002, p.354-362; A. Marshall, qui est à l'origine de la formulation du modèle de concurrence néo-classique nécessaire à la compréhension de la substituabilité, a subordonné son utilisation à des conditions très strictes. La correspondance empirique du modèle a par ailleurs, été restreinte à des marchés très spécifiques v., en ce sens, M. GLAIS, «Les fondements micro-économiques de la jurisprudence concurrentielle, (française et européenne)», *Rev. éco*, n°1, 1987, p.75-115; M. GLAIS, P. LAURENT, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, PUF, 1983. De nombreux tests économiques alternatifs ont été proposés au concept de substituabilité: celui dit de Elzinga-Hogarty ou encore celui fondé sur la méthode dite du parallélisme des prix. De façon pratique, ils ne sont cependant pas utilisés par les autorités de la concurrence nationales et communautaire. Pour une analyse de la question: A-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, 2008, p.308-311.

<sup>122</sup> In A-L. SIBONY, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, op.cit, p.207.



prendre la mesure de la critique de la substituabilité telle qu'elle se pratique en droit de la concurrence (b).

#### a- Critique du marché pertinent

Sans entrer dans l'exhaustivité des controverses que suscitent les concepts de substituabilité et de marché pertinent, on voudrait, de manière schématique, en évoquer quelques-unes<sup>123</sup>. Les développements précédents ne doivent en rien laisser croire que le modèle de concurrence pure et parfaite formulé par Marshall, vulgarisé à sa suite par la théorie néoclassique, n'aurait pas fait l'objet de critiques. Sraffa, Schumpeter, ou Hayek<sup>124</sup> ont formulé à son encontre, de fortes objections, notamment quant à sa capacité à rendre compte de situations réelles<sup>125</sup>. C'est un fait: les concepts de substituabilité et de marché pertinent sont loin de faire consensus, au sein même de la doctrine économique. Et pour cause. Chaque courant part d'un paradigme concurrentiel différent pour formuler des critiques à l'encontre de ces deux concepts. En formulant les hypothèses qui allaient donner naissance au modèle de concurrence pure et parfaite, A. Marshall ne s'est jamais illusionné sur sa portée empirique. Il considérait en effet son modèle, comme une simple représentation stylisée de la réalité<sup>126</sup>.

Le modèle de concurrence pure et parfaite dans lequel le prix est au cœur de l'action des agents est quelque chose de fortement discuté hors du cercle néoclassique. Il a connu nombre de détracteurs et non des moindres: parmi eux, les autrichiens qui s'opposent à toute

---

<sup>123</sup> J. PHILIPPE, «La mesure du marché pertinent», *Rev. éco*, 1993, p. 126-159.

<sup>124</sup> F. A. HAYEK, «The meaning of competition», in *Individualism and economic order*, Routledge & Keagan Paul, 1949, p.93-94.

<sup>125</sup> M. GLAIS, *Economie industrielle, les stratégies concurrentielles des firmes*, Litec, 1993, p.228-236; v. aussi les critiques de H. GUITTON, *L'objet de l'économie politique*, Librairie Marcel Rivière, 1951, p.55-66; H. HOVENKAMP, «Rationality in Law and economics», *George Washington L. Rev.*, 1992, n°60, p.263; T. VEBLEN, «Why is economics not an evolutionary science?», *Quar.Jour.econ.*, vol.12, 1898; F. YILMAZ, «Veblen and the problem of rationality», *JEI*, n°3, 2007, p.841-862.

<sup>126</sup> Il est même peu probable que le concept «d'industrie» auquel ait fait référence A. Marshall ait quelque chose à voir avec celui de «marché pertinent», in C. Le BERRE, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, *op.cit.*, p.333-334. M. Glais affirme à ce propos: «Cet auteur développa son analyse de la détermination des prix d'équilibre en se fondant sur des découpages de l'activité économique en termes «d'industries» définies apparemment par référence à des produits non différenciés dont on peut isoler les marchés. Dans sa conception, en effet, l'examen d'un éventail de produits quelque peu différents devrait pouvoir se ramener à celui de produit représentatif, «a cost equivalent standard commodity». De ce fait, il était donc impossible de procéder au regroupement de toutes les entreprises possédant un équipement technique, une expérience et des connaissances suffisamment identiques pour fabriquer des biens définis de façon grossière. A Marshall ne considéra jamais, en effet, que son concept d'industrie devait ne regrouper que des entreprises produisant un bien totalement homogène. Il se rendait parfaitement compte que les entreprises fabriquent, le plus souvent, des produits légèrement différents à des coûts également non identiques». Et l'auteur d'ajouter: «Or, le découpage de l'activité économique en «industries» et «marchés», s'il représentait dans l'œuvre d'A. Marshall un procédé d'analyse parfaitement adapté aux objectifs théoriques que se fixait cet auteur, devient souvent plus contestable lorsqu'il s'agit de s'intéresser à la réalité quotidienne des relations concurrentielles» in M. GLAIS, P. LAURENT, *op.cit.*, p.267.

idée de concurrence au sens néoclassique précité<sup>127</sup>. Hayek considère à cet égard que le caractère statique de la concurrence pure et parfaite évacue toute idée d'une concurrence effective tant dans la conceptualisation de l'information des agents qu'elle stipule<sup>128</sup>, que de la modélisation de leur «rationalité»<sup>129</sup>. Hayek estime à l'inverse que c'est précisément le défaut d'information du consommateur qui établit sa relation d'échange avec un offreur en vue d'acquérir un bien<sup>130</sup>. Sa carence informationnelle met en œuvre ce qui fait le moteur du processus concurrentiel: singularisation des produits, réclame, publicité, promotions, etc.<sup>131</sup> Hayek, de même que Schumpeter, rejette toute idée d'un concept de marché pertinent. Les échanges ne peuvent en effet être cloisonnés dès lors que le processus concurrentiel se conçoit comme global et complexe<sup>132</sup>. Segmenter les marchés revient à simplifier artificiellement la complexité des échanges des acteurs économiques. Une entreprise peut très bien exercer son activité sur plusieurs marchés à la fois. Pareillement, il peut s'établir entre les marchés, de nombreuses interactions: délimiter un marché ne veut pas dire nécessairement qu'il soit dépourvu de lien ou d'influence vis-à-vis d'autres marchés qui lui sont connexes. Tout découpage artificiel n'aboutit qu'à simplifier, à l'excès, le processus concurrentiel.

Dans le même sillage et à quelques nuances près, les néo-institutionnalistes<sup>133</sup> avancent une conceptualisation du fonctionnement de la concurrence par les institutions dont le marché ne serait qu'un aspect possible<sup>134</sup>. Seul, ce dernier ne peut être considéré comme le cadre exclusif d'exercice de la concurrence. L'entreprise ou encore le contrat constituent bien souvent des institutions plus efficaces auxquelles les agents économiques ont recours par

<sup>127</sup> V. développements Chapitre 2, infra.

<sup>128</sup> J. BIRNER., «La place de Sensory Order dans l'œuvre de F. A. Hayek», *Cah. d'éco. Polt*, n° 51, 2006, p.109-138.

<sup>129</sup> Sur ce point, M. GLAIS reprenant le propos de K.W. Rotschild affirme: «*Le grand pouvoir explicatif et l'attrait de cette théorie de la concurrence pure et parfaite reposent sur sa simplicité et son caractère déterministe. Sur un marché de petites entreprises concurrentes, fabriquant un produit totalement identique, le prix d'équilibre n'est que le résultat des forces impersonnelles du marché. Si l'on ajoute au fait que les conditions de coûts et de demande sont données et échappent au contrôle de toute entreprise, l'hypothèse selon laquelle l'entrée et la sortie sont libres, on peut effectivement déterminer l'existence d'un point d'équilibre avec la rigueur logique d'une loi physique*», in «Les fondements micro-économiques de la jurisprudence concurrentielle (française et européenne)», *Rev. éco*, 1987, p.79.

<sup>130</sup> F.A. HAYEK, «The meaning of competition», *op.cit*, p.96.

<sup>131</sup> En ce sens, v., E. COMBES, *Economie et politique de la concurrence*, *op.cit*, p.344, v., aussi, L. KARPIK., *L'économie des singularités*, Gallimard, 2007, p.9-155.

<sup>132</sup> Sur l'épistémologie d'Hayek consistant à dissocier les ordres «complexes» des ordres «construits», v. développements Chapitre 2 Titre 2, infra.

<sup>133</sup> On peut se référer pour ce faire, à: O. WILLIAMSON, *Markets and hierarchies. Analysis and Antitrust implications*, New York, The Free Press, 1975; O. WILLIAMSON, *Les institutions de l'économie*, Paris, Interéditions, 1994.

<sup>134</sup> Pour l'économie néo-institutionnelle, «*l'homme contractuel se distingue de l'homo oeconomicus en ce qu'il ne possède qu'une rationalité limitée: il est par exemple prêt à mentir ou tricher pour défendre ses intérêts*», in B. CHAVANCE, *L'économie institutionnelle*, coll. «La découverte», 2007, p.61.

préférence au marché<sup>135</sup>. La concurrence pure et parfaite et son corolaire, le marché pertinent, ne peuvent rendre compte du fonctionnement de la concurrence ainsi comprise<sup>136</sup>. Ce qui importe en définitive, c'est de voir qu'au sein même de la littérature économique, le modèle de concurrence pure et parfaite et le marché pertinent sont vigoureusement contestés par certains. Il existe d'autres possibilités alternatives de conceptualiser les stratégies concurrentielles des entreprises. Ce sont ces diverses opinions que reflète la variété des propositions doctrinales, visant soit à remplacer, soit encore à améliorer la conceptualisation du marché pertinent.

#### b- Critiques du test de substituabilité

Nous avons évoqué jusque-là la signification du concept de substituabilité d'un point de vue théorique. De quelle manière les interprètes en font-ils un usage pratique<sup>137</sup>? Concrètement, il s'agit de faire référence à des tests. Bien évidemment, il en existe plusieurs: du test dit de corrélation au test de stationnarité en passant par le test du choc, l'élasticité-prix ou l'élasticité prix-croisé<sup>138</sup>, la doctrine économique propose une palette d'outils quantitatifs capables d'aider à délimiter un marché pertinent. La procédure du *Small but Significant Non transitory Increment in Prises* ou SSNIP test est toutefois, la plus couramment utilisée par les autorités européennes<sup>139</sup>. De quoi s'agit-il plus précisément? Concrètement, de déduire, à

---

<sup>135</sup> C. MENARD, «L'inadaptation du droit de la concurrence à la concurrence réelle», in B. DEFFAINS, G. CANIVET, *L'Analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, ed. Cujas 2002, p.245-254.

<sup>136</sup> C'est en se référant à la forme d'organisation d'entreprises puissamment intégrées (soit au verticalement, soit horizontalement), que des entreprises plus modestes définissent leur comportement concurrentiel. Si elles n'ont pas encore atteint le niveau de développement d'entreprises mieux intégrées au plan organisationnel, les entreprises de petite taille vont généralement chercher à y parvenir. A cette fin, elles vont calquer le fonctionnement de leur organisation sur le modèle d'entreprises mieux intégrées et plus puissantes. De là, viendrait l'explication de «formes organisationnelles hybrides» telles que par exemple, les accords verticaux ou horizontaux. En raisonnant de façon binaire, (soit par le monopole soit par le marché) le modèle néo-classique de concurrence ignorerait les différentes formes organisationnelles possibles de concurrence et les causes qui les engendrent. L'entente serait ainsi sanctionnée par les autorités de la concurrence parce qu'elle présupposerait selon le modèle néo-classique standard, que l'offre sur le marché doit demeurer la plus atomistique possible, in C. MENARD, *op.cit.*

<sup>137</sup> On verra par la suite que le test SSNIP n'est pas utilisé de façon systématique. Il faut donc circonscrire le propos aux cas où il est utilisé par les autorités de la concurrence.

<sup>138</sup> Le test de corrélation utilise la corrélation de prix dans le temps comme indice de substituabilité entre produits. Le test de stationnarité se définit comme une série de prix qui a tendance à revenir vers une valeur constante dans le long terme. Le test du «choc» s'entend comme une analyse d'impact d'un choc non anticipé sur l'offre ou la demande d'un bien. L'élasticité prix-croisée «se définit comme la variation relative de la demande du bien Y suite à une variation relative du prix du bien X», in E. COMBES, *Economie et politique de la concurrence*, Dalloz, 2005, p.334-342. Pour une utilisation du test prix-croisé: Déc. Commission, 8 juil.1998, *Worldcom/MCI*, aff. IV/M.1069, JO, n°L 116 du 4 mai.1999, p.1-35

<sup>139</sup> Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JO, n° C 372, du 9 déc.1997. V. en ce sens, M. GLAIS, «Analyse économique de la définition du marché pertinent: son apport au droit de la concurrence», *Economie rurale*, n°277-278, 2003, p.23-44. Il faut

partir d'extrapolations statistiques et économétriques, la propension éventuelle des consommateurs à se tourner vers des biens alternatifs en cas de hausse légère, mais permanente des prix. Si en cas de fusion d'entreprises A et B, l'évaluation de l'augmentation du prix d'un bien (X) sur un an a pour effet de reporter la demande vers le bien (Y), il faudra passer à une autre étape. On cherchera alors à savoir dans quelle proportion la hausse stipulée des prix de A et B est-elle en mesure de faire baisser le prix du bien (X). Et l'on se demandera alors si cette baisse est: «*suffisamment forte pour compenser le bénéfice de la hausse des prix*»<sup>140</sup>. Sinon, le marché pertinent sera limité au bien (X). Si oui, il faudra élargir le marché et ainsi de suite<sup>141</sup>. Ce test connaît toutefois des limites certaines.

La plus connue est celle de la jurisprudence *Du Pont de Nemours*<sup>142</sup>. Afin d'établir l'abus de position dominante de *Du Pont* sur le marché papier cellophane, la Cour suprême s'est attachée à délimiter le marché en cause par référence au test élasticité prix-croisé. L'application de ce test révélait une élasticité souple des prix observée du côté de la demande. Ce qui signifiait que les prix pratiqués étaient trop peu rentables, dans la mesure où ils aboutissaient à ce que les consommateurs se tournent vers des produits concurrents de ceux de *Du Pont*<sup>143</sup>. En toute logique, cette conclusion commandait d'élargir la délimitation du marché. Cette interprétation s'est en réalité révélée fautive: ce que la Cour interprétait comme un prix non rentable constituait en réalité un prix de monopole<sup>144</sup>.

À la suite de l'épisode du *cellophane fallacy* certains ont plaidé pour un abandon du test SSNIP<sup>145</sup>. En effet, ce test contraint de stipuler la rationalité des consommateurs<sup>146</sup>. En

---

ajouter que le test *SSNIP* a été forgé au regard d'une approche structuraliste qui tient compte du «pouvoir de marché», du fait que moins une entreprise est contrainte par la concurrence plus il y a de risques de pratiques anticoncurrentielles. On peut se référer sur ce point à W. LANDES, R. POSNER, «Market power in antitrust market», *Harv. L. Rev.*, 1981, vol.94, p.937-996.

<sup>140</sup> E. COMBES, *Economie et politique de la concurrence*, *op.cit.*, p.341.

<sup>141</sup> A-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique*, *op.cit.*, 2008, p.312-313. Dans le même sens, et présentant les difficultés de mise en œuvre du test *SSNIP*: E. COMBES, *Economie et politique de la concurrence*, Dalloz, 2005, p.340-343; D. HILDEBRAND, «Using Conjoint Analysis for Market Definition: Application of Modern Market Research Tools to implement the Hypothetical Monopolist Test», *World Competition*, 2006, p.315-336.

<sup>142</sup> *United States v. EI Du Pont de Nemours and Co*, 1956, 351 U.S 377. Sur la question: G. W. STOCKING, W. F. MUELLER, «The Cellophane Case and the new competition», *Am.Eco.Rev.*, vol.65, n°1, 1955, p.29-63; D. TURNER, «Antitrust Policy and the Cellophane Case», *Harv. L. Rev.*, 1958, p.281.

<sup>143</sup> Produits d'emballages tels que l'aluminium par exemple.

<sup>144</sup> R. PITOFISKY, «New definition of relevant market and the assault on antitrust», *Colum. L. Rev.*, 1990, p.1813. La décision du Conseil de la concurrence dans le secteur du jouet illustre aussi le problème. Déc. 30 juin. 1999, n°99-D-45, *pratiques constatées dans le secteur du jouet*

<sup>145</sup> Par ex, R. SCHMALENSEE, «Another look at market power», *Harv. L. Rev.*, vol.95, n°8, 1982, p.1789-1816.

<sup>146</sup> Le concept de «rationalité» s'entend à travers les hypothèses de transitivité et de complétude. Sur la difficulté de sa transposition pour certains marchés: G. DANG N'GUYEN, «Internet et la délimitation des marchés pertinents: un point de vue économique», in *Internet et concurrence*, Ateliers de la DGCCRF du 14 avr.2001; J-L. LESQUINS, «Innovation et délimitation du marché pertinent», *REI*, 1994, p.7-15.

d'autres termes, que le prix est la seule information pertinente qui influe sur leurs comportements. Or si le prix ne peut à lui seul constituer l'unique mobile de la rationalité des individus, le SSNIP test s'avère d'un bien faible intérêt. De surcroît, si le SSNIP test permet d'extrapoler qu'un ensemble de consommateurs serait prêt, en cas de hausse faible, mais significative du prix, à se reporter sur un éventuel produit concurrent (Y), il ne permet pas d'affirmer vers quel produit concurrent ce consommateur serait susceptible de se tourner<sup>147</sup>. Bien plus, le SSNIP test ne permet pas de déterminer clairement quel pourrait être la cause de cette variation de la demande<sup>148</sup>.

Certains se sont montrés favorables à l'utilisation d'indices supplémentaires qui permettraient de s'assurer le degré de contrainte qu'exerce la concurrence sur une entreprise, à supposer bien entendu que telle soit la finalité politique du droit de la concurrence<sup>149</sup>. D'autres, comme Hayek, ont reproché le cloisonnement artificiel auquel aboutissait une telle délimitation des marchés<sup>150</sup>. D'autres, enfin, ont proposé des tests dont la formulation présuppose un objectif politique d'efficience. Pour Brozen, la délimitation du marché pertinent ne doit se limiter qu'à la seule recherche des barrières à l'entrée, en l'occurrence, celles d'ordre réglementaire<sup>151</sup>.

En dépit de ces nombreuses critiques, la jurisprudence et la pratique décisionnelle persistent à faire usage du SSNIP test<sup>152</sup>. Et encore, il faut bien voir que cette utilisation est loin d'être systématique<sup>153</sup>. M. Glais ne manque pas de remarquer en ce sens que: «(...) l'utilisation systématique du concept de «marché» conduit parfois les autorités concurrentielles européennes à des découpages qui frisent le ridicule. Ainsi, dans une affaire GMC, la commission des Communautés et la Cour de justice prétendirent que l'on pouvait

---

<sup>147</sup> Il en est de même s'agissant de l'inférence des préférences du consommateur, in A-L. SIBONY, *op.cit.*, p.207.

<sup>148</sup> Dans l'hypothèse où il serait constaté par le SSNIP test un phénomène d'élasticité rigide (hypothèse où en cas d'augmentation du prix le consommateur ne se reporte pas sur un produit concurrent), on peut se demander si la rigidité observée tiendrait à l'exercice d'un pouvoir de marché avéré ou, à l'inverse, si elle serait due à un aspect particulier du produit considéré. En ce sens, P. CROCIANI, *op.cit.*; M. GLAIS, P. LAURENT, *op.cit.*, p.283

<sup>149</sup> Sur cette question: C. Le BERRE, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Thèse Paris X, p. 343-347.

<sup>150</sup> Ces auteurs reprochent de ne pas tenir compte des secteurs où l'innovation et le progrès technique occupent une place importante: E. COMBES, *Economie de la concurrence*, *op.cit.*, p.343-344; F. FISHWICK, «The definition of relevant market in the competition policy of European economic community», *REI*, 1993, vol.63, n°1, p.174-192; M. GLAIS, Les fondements micro-économiques de la jurisprudence concurrentielle (française et communautaire), *op.cit.*; J. PHILIPPE, «La mesure du marché pertinent», *Rev.éco*, *op.cit.*

<sup>151</sup> V. aussi le test dit du «parallélisme des prix», in A-L. SIBONY, *op.cit.*

<sup>152</sup> P. CAMESCACA, R. VAN Den BERGH, «Achilles uncovered: Revisiting the European Commission's 1997 Market definition Notice», *Antitrust. Bull.*, 2002, p.143-186.

<sup>153</sup> Pour un argument similaire: M-C. BOUTARD-LABARDE, «Notion de marché et ordre concurrentiel», in *Mélanges en l'honneur de A. Pirovano*, ed. Frison-Roche, 2003, p.547-549; D. De GRAMONT, «Propos impertinents sur le marché pertinent dans le droit de l'Union», *Dall. aff.*, n°5, 1996, p.131-136; V. KORAH, «Concept of Dominant position within the meaning of article 86», *CMLR*, 1980, p.395; L. VOGEL, «Les limites du marché pertinent comme instrument du droit de la concurrence», *JCP G*, 1994, n°3737.

définir un marché des demandes d'agrégation et de délivrance des certificats de conformité et des plaques d'identification tant pour les véhicules «Opel» neufs que ceux immatriculés à l'étranger pendant six mois!»<sup>154</sup>. Au-delà donc des débats doctrinaux ou des modèles, la catégorie de marché en cause est, du point de vue des interprètes, l'instrument qui permet de reconstituer l'élément matériel d'une infraction anticoncurrentielle.

## Paragraphe 2: Du marché pertinent au marché en cause

Juges ou autorités de la concurrence se demandent-ils systématiquement si les consommateurs sont prêts, en cas d'augmentation simulée de prix, à se reporter sur des produits alternatifs? Peuvent-ils même avoir une connaissance exhaustive des caractéristiques du marché qu'ils étudient<sup>155</sup>? On peut exprimer de sérieux doutes à cet égard. Collecter des données, commander des études économiques ou économétriques prend du temps. Or les autorités de concurrence ou le juge doivent rendre leurs décisions dans des délais qui ne leur permettent pas toujours d'avoir en main toutes les informations pertinentes à la connaissance du litige<sup>156</sup>. De surcroît, une étude économique ou économétrique coûte cher. Et l'on ne peut, à moins de disposer d'une ligne budgétaire illimitée, recourir de façon systématique à ce genre de méthodes quantitatives<sup>157</sup>. Tout ceci n'a, comme la démonstration qui suit propose

---

<sup>154</sup> Y. BROZEN, «Competition, Efficiency and Antitrust», *Journ. World Trade*, 1969, p. 659-670; M. GLAIS, «Les fondements micro-économiques de la jurisprudence concurrentielle (française et communautaire)», *op.cit.*, p.86. V., aussi comme critique récente, celle formulée par le Global Competition Law Centre (GCLC), *Reshearch Papers on Art.82 EC*, Bruxelles, July 2005. Ont participé un certain nombre d'économistes et de juristes spécialistes du droit de la concurrence: D. GERARDIN, P. HOFER, F. LOUIS, N. PETIT, D. WAELBROECK. S'y ajoute un autre rapport économique, intitulé «*An economic approach to Art.82*», July 2005 qui, lui aussi, a plaidé pour une réforme de la communication de 1997 sur le marché en cause. Ces débats se sont soldés par la publication d'un livre blanc par la Commission qui n'a pas pris en compte les critiques des experts. Signalons que d'autres écrits critiques s'ajoutent aux deux rapports mentionnés: M. GLAIS, «Les concepts de "relevant market" et de "dépendance économique" au regard de l'article 86 du Trait de Rome», *RMC*, 1987, n°306, p.203-206; D. HARBORD, G. Von GRAEVENITZ, «Market Definition in Oligopolistic Markets: some Anomalies», *ECLR*, 2000, n°3, p.151-158; T. E KAUPER, «The problem of Market definition under EC Competition Law», *Fordham. Corp. L. Institue*, 1997, p.1682-1767; J. A. KEYTE, «Market Definition and Differentiated Products: The need for a Workable Standard», *Ant. L. J.*, 1995, p.697-748; C. MONTET, «Marché pertinent, pouvoir de marché: quelles définitions retenir?», *Rev. Lamy. Droit aff.*, 2000, n°23, p.5-13.

<sup>155</sup> Et ce, sans doute, en dépit des apparences affichées, v. à titre d'ex: P. CHONE, «Dès lors que l'on aborde l'analyse des effets, l'économie devient prépondérante», *RLC*, 2007, n°10; P. CHONE, «Présentation du service économique du Conseil de la concurrence», *RLC*, 2007, n°13, n° spécial, 20<sup>e</sup> anniversaire du Conseil de la concurrence.

<sup>156</sup> L. IDOT, «Le temps, une limite à l'action des autorités» in *Le facteur temps en droit de la concurrence*, Ateliers de la concurrence du 2 juil.2003, *RCC*, n° 136, 2003.

<sup>157</sup> Sur la question de la limitation des ressources administratives et financières des autorités de la concurrence: L. IDOT, «A french point of view on the radical decentralisation of the implementation of article 81 (1) and (3)», in *European Competition Law annual 2000: The modernisation of EC Antitrust Policy*, C. D. EHLERMANN, I. ATANASIU (ed), RSC/EUI, Hart Publishing, 2001p.338-339; Rapport général FIDE (Fédération Internationale de droit européen), 1998, *Application nationale du droit européen de la concurrence*, p.279.

de le démontrer, rien de rigoureusement scientifique. Dès lors, l'usage de la catégorie de marché en cause apparaît comme une réponse aux contraintes qui pèsent sur les interprètes. Partant, il faut s'interroger sur la manière dont ils délimitent en pratique, c'est-à-dire dans leurs discours, le marché en cause. Ce qui revient dans un premier temps à clarifier l'ambivalence entretenue entre le concept de marché pertinent et celui de marché en cause (A). Une fois cette question éclaircie, il convient de démontrer dans un second temps que le marché en cause constitue une catégorie juridique à part entière (B).

#### A- Genèse du marché en cause

Une nouvelle fois, il convient de bien distinguer le marché en cause du marché pertinent: si le premier se rapporte au discours économique, le second rend compte d'une catégorie juridique à part entière. La communication de la Commission de 1997 parle à cet égard de «marché en cause»<sup>158</sup>. Cette référence au marché en cause est au départ utilisée de façon parcimonieuse. Ce n'est que par la suite, et dans le but de s'ancrer davantage dans l'*analyse économique*, que s'est créée une analogie douteuse avec le marché pertinent (a). Le marché en cause s'est alors vulgarisé tant et si bien dans l'interprétation des normes qu'il paraît aujourd'hui incontournable (b)<sup>159</sup>.

##### a- La réception du marché en cause

Nulle part, les articles 101 et 102 ne font référence au terme de marché en cause. Cette expression s'est en fait imposée grâce à la jurisprudence et de la pratique décisionnelle<sup>160</sup>.

---

<sup>158</sup> Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence, JO, C 372, du 9 déc.1997.

<sup>159</sup> Le TPICE fait par exemple du concept de marché en cause: «une condition préalable à tout jugement porté sur un comportement prétendument anticoncurrentiel», TPICE, 10 mars. 1992, *SIV e.a c/ Commission*, aff.jtes, T-68/89, T-77/89 et T-78/89, Rec. 1992, p.II-1403, note, M-A. Hermitte, chron, *JDI*, 1993, p.458-460; note D. Pope, «Some reflections on Italian flat glass», *ECLR*, 1993, p.172-175. Sur le caractère opératoire du concept selon qu'il est utilisé pour interpréter l'article 81 ou 82 CE: TPICE, 6 juil.2000, *Wolkswagen c/ Commission*, aff. T-62/98, Rec. 2000, p.II-2707, note L. Idot, *Europe*, oct.2000, comm. n°315, p.21-22; note S. Poillot-Peruzzetto, *CCC*, 2000, comm. n°179, p.16-17.

<sup>160</sup> Hormis l'affaire *United Brands et Hoffmann La-Roche*, les arrêts ne mentionnent pas expressément le terme de «marché pertinent»: CJCE, 14 févr.1978, *United Brands*, aff.27/76, Rec. 1978, p.207, pt.65 et CJCE, 13 févr.1979, *Hoffmann La-Roche*, aff.85/76, Rec. p.1139, pt.28. Les juges utilisent plutôt à l'expression «marché en cause»: CJCE, 21 févr. 1973, *Continental Can*, aff.6/72; CJCE, 16 déc.1975, *Suiker Unie*, aff.jtes, 40 à 48, 50 à 56, 111, 113 et 114/73; CJCE *Hoffman-La Roche* 13 févr.1979, aff. 85/76; CJCE, 13 mai.1971, *NV International Fruit Company*, aff. 40 à 44/70; CJCE, 11 déc.1980, *NV L'Oréal c/ De Nieuwe AMCK*, aff. 31/80, Rec. 1980, p.3775, pt.26; CJCE 6 mars.1974, *Commercial Solvents/ Commission*, aff. 6/73; CJCE 26 nov.1975, *Groupement des fabricants de papier peints de Belgique*, aff. 73/74; CJCE, 31 mai.1979, *Hugin/ Commision*, aff. 22/78; CJCE 9 nov.1983, *Michelin/Commission*, aff. 322/81. On trouve aussi l'expression de «marché» tout

Plus exactement, par mimétisme de la jurisprudence américaine<sup>161</sup>. La Cour suprême, sous l'influence des théories structuralistes, emploie alors le terme «*relevant market*» dans l'interprétation du droit antitrust<sup>162</sup>. L'arrêt *United Brands* définit en ce sens le marché en cause comme: «*le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportement indépendant dans une mesure appréciable vis-à-vis des concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs*»<sup>163</sup>. De la même façon, la jurisprudence *Continental Can*<sup>164</sup> emploie le terme d'interchangeabilité par préférence à celui de substituabilité<sup>165</sup>. La jurisprudence américaine exerce à nouveau une influence notable sur la Cour de justice. L'arrêt *Du Pont de Nemours*, emploie en effet l'adjectif «*interchangeability*» pour référer aux préférences du consommateur<sup>166</sup>.

L'expression marché en cause est tout d'abord employée par la Commission dans l'interprétation de l'article 85§1 du traité de Rome<sup>167</sup>. La Commission ne lui attribue alors aucune signification par référence à des critères quantitatifs. À la suite, la jurisprudence *Volk* introduit le critère de la part de marché: échappe à l'article 85, tout accord n'affectant le marché que «*d'une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché de produits en cause*»<sup>168</sup>. Une communication ultérieure, qui vise à

---

court, par ex: Déc. Commission, 22 déc.1972, *Cimbel*, 72/474/CEE; Déc. commission, 3 juil.1973, *Chauffe-eau et chauffe-bains*, 73/232/CEE

<sup>161</sup> Par ex, *Times Picayune Co. c/ United States*, 345, US, 594, (1953); *US v. E.I. du Pont de Nemours*, 351, US-377-404 (1956); *Brown Shoes Co v United States*, 37 U.S., 294, (1962); *United States v Philadelphia National Bank*, 374 U.S., 321 (1963); *United States v. Aluminium Co. of America*, 377 US, 271, 279 (1964).

<sup>162</sup> E. MASON, *Economic concentration and the monopoly problem*, Harvard Univ Press, 1957.

<sup>163</sup> CJCE, 14 févr.1978, *United Brands c/ Commission*, Rec.1978, p.207; remarquons que la Cour reprend le vocable de la Commission en lui ajoutant quelques éléments supplémentaires. V. en comparaison: Déc. Commission, 17 déc.1975, *Chiquita*, IV/26.699, JO, n°L 95 du 9 avr.1976, p.1-20

<sup>164</sup> On retrouve aussi l'expression dans la jurisprudence *Hoffmann-La Roche* 13 févr.1979, aff 85/76. V., aussi en droit national: CA Paris, 19 mai 1998, *SA France Télécom et autres*, BOCCRF, 18 juin.1998

<sup>165</sup> Pour L. BIDAUD, l'interchangeabilité renverrait aux caractéristiques: «*(...) physiques ou techniques des produits considérés. L'interchangeabilité a également trait à l'usage de ces produits; on parlera alors d'interchangeabilité fonctionnelle. C'est ce qui ressort par exemple de la formulation de la Cour de Justice dans l'affaire Continental Can. Alors que l'élasticité croisée de la demande, qui constitue la source originelle de la notion de substituabilité, se rapporte, comme on l'a indiqué, plus spécifiquement à la variation des prix et des quantités.*» Toutefois, nous ne rejoignons pas totalement l'idée que la distinction interchangeabilité/substituabilité serait gravée dans le marbre. Autant l'arrêt *Continental Can* accorde cette hypothèse, autant la jurisprudence *United Brands* dans laquelle les termes «substituabilité» ou «interchangeabilité» sont indistinctement utilisés par la Cour la réfute. En ce sens, il est préférable de considérer que les interprètes ne distinguent pas entre les deux termes. Sur cette césure: L. BIDAUD, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Litec, 2001, p.256.

<sup>166</sup> *US v. E.I. du Pont de Nemours*, 11 juin.1956, 351-US-377-404

<sup>167</sup> Déc. Commission, 22 oct.1964, *DECA*, 64/599/CEE, JO, n° 173 du 31 oct.1964, p.2761-2762

<sup>168</sup> CJCE, 9 juil.1969, *Franz Völk c/ Ets J. Vervaecke*, aff.5/69, Rec.1969, p.295; CJCE, 14 mai.1975, *Kali und Salz AG et Kali-Chemie AG c/ Commission*, aff. C-19 et 20/74, Rec.1975, p.499 Sur la question: A. VANDENCASTEELE, «La part de marché est-elle la clé de voûte du droit européen de la concurrence», in *Mélanges en l'honneur de Michel Waelbroeck*, T.II, Bruylant, 1999, p.1561-1587.



clarifier le sens de cette jurisprudence, érige par la suite la part de marché en critère d'appréciation du marché en cause<sup>169</sup>. De là, cette nouvelle interprétation s'étend à l'article 86 du traité de Rome<sup>170</sup>. La part de marché s'assimile progressivement au marché de produits, lequel est, dans la pratique décisionnelle de la Commission, synonyme de marché en cause. Ainsi, la part de marché s'impose-t-elle très vite comme le moyen de preuve d'un comportement anticoncurrentiel. Si l'entente par «l'objet» semble y faire moins appel<sup>171</sup>, l'abus de position dominante et la concentration l'impliquent davantage<sup>172</sup>. Ce qui revient à faire du critère l'élément probatoire d'une situation d'entreprise sur un marché délimité<sup>173</sup>.

---

<sup>169</sup> JOCE, n°C 64, du 2 juin.1970

<sup>170</sup> Déc. Commission, 20 déc.1974, *SHV-Chevron*, 75/95/CEE, JO, n° L 38 du 12 févr.1975 p. 14-15; Déc. Commission, 15 juil.1975, *règles IFTRA pour les producteurs d'aluminium brut*, 75/497/CEE, JO, n° L 228 du 29 août.1975 p. 3-16; Déc. Commission, 23 déc.1975, *United Reprocessors GmbH*, 76/248/CEE, JO, n° L 51 du 26 févr.1976 p.7-14

<sup>171</sup> A. VANDENCASTEELE, *op.cit.*, p.1565-1570; TPICE, 6 juil.2000, *Wolkswagen c/ Commission*, aff.T-62/98, Rec.p.II-2707; TPICE, 25 oct.2005, *Groupe Danone c/ Commission*, aff.T-38/02, Rec.p.II-4407; TPICE, 15 mars.2000, *Cimenteries CBR e.a.c/Commission*, aff.T-25/95, T-26/95, T-30/95 à T-32/95, T-34/95 à T-39/95, T-42/95 à T-46/95, T-48/95, T-50/95 à T-65/95, T-68/95 à T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 et T-104/95, Rec.p.II-491, pt.823, note L. Idot, *Europe*, juin.2000, comm. n°179, p.16-19. Sur cette question, on peut aussi se reporter au *Rapport du Conseil de la concurrence 2003* dont l'étude thématique porte sur la distinction objet/effet anticoncurrentiel. Conseil de la concurrence, *Rapport d'activité*, 2003, La documentation française, p.55. Pour une position analogue: Déc. 96-D-02 du 9 janv.1997, *relative à des pratiques constatées sur le marché de l'imprimerie de labeur dans le département de l'Ain*; Déc. 96-D-39 du 4 juin.1996, *relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution du matériel de plongée sous-marine*; Déc. 97-D-45 du 10 juin.1997, *relative à des pratiques mises en oeuvre par le Conseil national de l'Ordre des architectes*; Déc. 97-D-62 du 16 juin.1997, *relative à des pratiques relevées dans le secteur de la vente de véhicules automobiles dans le département de la Marne*; Déc.02-D-57 du 19 sept.2002, *relative aux pratiques dans le secteur des roulements à billes et assimilés*; CJCE 10 mars.1992, *Montedipe*, aff 14/89, Rec.p.II-1155; CA Paris, 3 déc.1998, *Frerot*, CA Paris, 14 juin.1995, Cass. Com, 10 mars.1998 *Syndicat des pharmaciens de haute Savoie*, Bull. 1998 IV n°95, p.77; Déc. Commission, 7 juin.2000, *Acides aminés*, 2001/418/ CE, COMP/36.545/F3; Déc. Commission, 24 juil.1974, *Advocat Zwarte Kip*, 74/432/CEE, JO, n° L 237 du 29 août 1974, p.12; Déc. Commission, 25 juil.1974, *FRUBO*, 74/433/CEE, JO, n° L 237 du 29 août 1974, p.16; Déc. Commission, 8 janv.1975, *Conserves de Champignons*, 75/77/CEE, JO, n° 29 du 3 févr. 1975, p.26; Déc. Commission, 5 mars.1975, *Sirdard-Phildar*, 75/297/CEE, JO, n° L 125 du 16 avr.1975, p.27; Déc.Commission, du 14 oct.2009, *Classification des navires*, aff. COMP/39.416, JO, n°C 002 du 6 janv.2010 p. 5-6; Déc.Commission du 5 oct.2005, *Peugeot SA et de Peugeot Nederland NV, SEP et autres*, aff. COMP/E2/36623 36820 37275; Déc. Commission, 21 févr.2007, *Ascenseurs et escaliers mécaniques*, aff. COMP/E-1/38.823, JO, n°C 075 du 26 mars.2008, p.19-24; CJCE, 30 juin.1996, *LTM*, aff.C-56/65, Rec.1996, p.I-337; CJCE, 21 sept.2006, *Nederlandse Federatieve Vereniging*, aff.C-105/04 P, Rec.2006, p.I-8725; CJCE, 20 nov.2008, *Competition Authority c/ BIDS et BBM*, aff. C-209/07, JO, C 6 du 10 janv.2009, p.4

<sup>172</sup> V. entre autres: Déc. Commission, 28 août 2009, *Lufthansa/Austrian Airlines*, aff.COMP/M.5440, JO, n° C 016 du 22 janv.2010 p.11-16; Déc.Commission, du 10 mars.2009, *Dassault Aviation/ TSA/ Thales*, aff. N COMP/M.5426, JO, n°C 81 du 4 avr.2009, p.2; Déc. Commission, du 18 oct.2007, *Bongrain/ SODIAAL/ JV*, aff. N COMP/M.4761, JO, n° C 295 du 7 déc.2007, p.7; Déc. Commission, du 26 oct.2004, *Continental/Phoenix*, aff. COMP/M.COMP/M.3436, JO, n° L 353 du 13 déc.2006, p.7-11; Déc. Commission, du 19 sept.2006, *LACTALIS/NESTLE/JV (II)*, aff. N.IV/M.4344, JO, n°C 199 du 24 août.2006, p. 2; Déc.Commission du 13 juil.2006, *CINVEN/UPC France*, aff. N COMP/M.4204; Déc.Commission, du 11 nov.2003, *SEB/Moulinex*, aff.COMP/M.2621, JO, n° L 138 du 1<sup>er</sup> juin.2005, p.18-25; Déc. Commission, du 13 mai.2009, *Intel*, aff. COMP/C-3/37.990, JO, n° C 227 du 22 sept.2009, p.13-17; Déc. Commission, 29 mars.2006, *Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS, Tomra Systems B.V., Tomra Systems GmbH, Tomra Butikkssystemer AS, Tomra Systems AB et Tomra Leergutssysteme GmbH*, aff. COMP/E-1/38.113, JO, n° C 219, du 28 août.2008, p.11-15; Déc. Commission, 13 déc.2000, *Carbonate de Soude/Solvay*, JO, n° L 10 du 15 janv.2003, p.11-15; Déc. Commission, 20 juin.2001, *Michelin*, JO, n° L 143, du 31 mai.2002, p.1-53

<sup>173</sup> Par ex., CJCE, 6 mars. 1974, *ICI et Commercial Solvents c/ Commission*, aff. 6/73, Rec. 1973, p.357

Plus encore, la référence à la part de marché s'impose parfois de façon mécanique, comme le critère d'appréciation exclusif d'un abus de position dominante<sup>174</sup>. Dans ses conclusions sur l'affaire *Hoffmann-La-Roche* l'avocat Reischl indique: «(...) lorsque les parts détenues sur des marchés déterminés et délimités sont très importantes (85, 90, 93%) et lorsque les importations sont très réduites, on peut conclure sans plus, c'est-à-dire sans procéder à des vérifications supplémentaires, que l'entreprise en question a la possibilité d'entraver une concurrence effective (...) Dans le cas de parts de marchés inférieures à ce pourcentage (60-70%), les facteurs à retenir à titre complémentaire gagnent en importance; si les parts de marché n'excèdent qu'à peine les 50%, il est, semble-t-il très difficile, selon le droit des États-Unis, d'apporter la preuve de l'existence d'une position dominante»<sup>175</sup>. Longtemps, cette interprétation fondée sur des critères quantitatifs domine la jurisprudence<sup>176</sup>.

Dans le même temps, nombre d'arrêts, et non des moindres, interprètent l'article 102 sans nécessairement se référer au marché en cause ou à la part de marché<sup>177</sup>. Eu égard à cet état de la jurisprudence, la qualification du marché en cause procède d'une logique simple, dans la mesure où la part de marché constitue le critère déterminant de l'abus de position dominante. Circonscrit à certaines caractéristiques du produit, le marché en cause se révèle être un outil puissant qui permet de justifier nombre d'abus. Mais cette approche mécanique souffre bientôt de critiques en raison de son arbitraire<sup>178</sup>. La Commission est contrainte de justifier davantage les délimitations qu'elle opère. Et c'est ce qui la pousse à se tourner vers le

<sup>174</sup> Déc. Commission, 20 déc. 1974, *SHV/Chevron*, 75/95/CEE, *op.cit.*; Déc. Commission, 30 mars. 1976, *autorisant l'acquisition de 75 % du capital de Walter Blume GmbH par la British Steel Corporation*, 76/368/CECA, JO, n° L 94 du 9 avr. 1996, p.44-45; Déc. Commission, 17 déc. 1975, *Chiquita*, JO, n° L 95 du 9 avr. 1976, p. 1-20; Déc. Commission, 19 avr. 1977, *ABG / Entreprises pétrolières opérant aux Pays-Bas*, 77/327/CEE, JO, n° L 117 du 9 mai. 1977, p.1-16; TPICE, 28 avril. 1999, *Endemol/Commission*, aff. T-221/95, Rec. 1999, p. II-1299; Déc. Commission, 9 déc. 1971, *Continental Can Company*, 72/27/CEE, JO, n° L 7 du 8 janv. 1972, p.25; CJCE, 21 févr. 1973, *Continental Can Company c/ Commission*, aff. 6/72, Rec. p.215

<sup>175</sup> Conclusions G. Reischl, présentées le 19 sept. 1978, sur l'affaire *Hoffmann-La-Roche*, Rec. 1979, p.565; CJCE, 24 mai. 1977, *Hoffmann-La-Roche*, aff. C 107/76, Rec. 1979, p.957; dans le même sens: *Neuvième rapport de la Commission CEE sur la politique de la concurrence*, Bruxelles, 1980, p.29-33; Déc. Commission, 14 déc. 1985, *AKZO c/ ECS*, 85/609/CEE, JO, n° L 374 du 31 déc. 1985; Déc. Commission, 10 déc. 1992, *Gillette*, JOCE, n° L 116, du 12 mai. 1993, p.21; Déc. Commission, 14 mai. 1997, *Irish Sugar*, JOCE, n° 258 du 22 sept. 1997; TPI, 6 oct. 1994, *Tetra Pak/Commission*, T-83/91, Rec. p. II-755; CJCE, 14 nov. 1996, *Tetra Pak II*, aff. C-333/94 P, Rec. 1996, p. I-5951; TPICE, 25 mars 1999, *Gencor c/Commission*, aff. T-102/96, Rec. 1999, p. II-753

<sup>176</sup> Pour ce qui concerne les ententes: CJCE, 25 oct. 1977, *Metro c/ Commission*, aff. 26/76, Rec. 1977, p.1875, concl. G. Reischl: «Si l'on se limite aux appareils de télévision en couleur, qui représentaient 60% du chiffre d'affaire de SABA, on en arrive, pour celle-ci à une part de marché d'environ 7% puisque sept autres producteurs sont présents sur le marché. On ne peut donc pas parler de position dominante», Rec. 1977, p.1920-1934. La part de marché est aussi utilisée dans les décisions suivantes: Déc. Commission, 23 déc. 1992, *Langnese-Iglo*, JOCE, n° L 183, du 26 juil. 1983, p.19; Déc. Commission, 16 janv. 1996, *Lufthansa/SAS*, JOCE, n° L 54 du 5 mars. 1996, p.28; Déc. Commission, 17 juil. 1996, *Atlas*, JOCE, n° L 339 du 19 sept. 1996, p.23; Déc. Commission, 17 juil. 1996, *Phoenix-Global One*, JOCE, n° L 239 du 19 sept. 1996, p.57

<sup>177</sup> V. par ex, CJCE, 6 mars. 1974, *ICI et Commercial Solvents c/ Commission*, aff. 6/73, Rec. 1973, p.357; CJCE, 15 juin. 1976, *EMI Records c/ CBS*, aff. 21-75, Rec. 1976, p.811; CJCE, 29 juin. 1978, *Benzine en Petroleum c/ Commission*, aff. 77/77, Rec. 1978, p.1513

<sup>178</sup> V. sur cette question, A. VANDENCASTEELE, *op.cit.*

concept de marché pertinent. À la part de marché s'ajoutent bientôt nombre de critères dits qualitatifs qui tiennent mieux compte de *l'analyse économique*. De là, la publication de la communication du 9 décembre 1997 sur le marché en cause. Celle-ci, en s'alignant en apparence sur le discours économique, paraît à première vue plus rigoureuse et scientifique dans la détermination des critères qui président à la qualification de marché en cause.

#### b- La redéfinition du marché en cause par la communication de 1997

Derrière son caractère peu contraignant, la redéfinition du marché en cause par la communication de 1997 exerce une influence manifeste dans l'interprétation des articles 101 et 102 TFUE<sup>179</sup>. Elle introduit une césure entre marché de produits et marché géographique en s'appuyant sur un certain nombre de justifications économiques ou économétriques. Pour autant, ce rigorisme apparent ne doit pas faire illusion. Bruxelles rappelle fort bien que: «*Le concept de marché en cause est étroitement lié aux objectifs poursuivis dans le cadre de la politique communautaire de la concurrence*»<sup>180</sup>. Même si elle inclut nombre de justifications économiques, la définition du marché en cause n'est pas neutre de la finalité que lui assignent les interprètes. Certes, la communication innove, en ce qu'elle introduit une multiplicité de critères qualitatifs qui viennent s'ajouter à la part de marché. Mais on se demande, à vrai dire, si la multiplication des critères ne renforce plus qu'elle ne fait reculer le pouvoir discrétionnaire des autorités de la concurrence dans la délimitation du marché en cause. C'est ce point que l'on voudrait expliquer ici.

Saluée par certains<sup>181</sup>, la communication du 9 décembre 1997<sup>182</sup> modifie l'état du droit antérieur d'un double point de vue. Tout en cherchant à généraliser l'usage de la catégorie de marché en cause à l'ensemble du droit des pratiques anticoncurrentielles, elle entend restreindre cette même catégorie aux seules pratiques anticoncurrentielles. Le marché en

---

<sup>179</sup> Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence, JO, C 372, du 9 déc.1997, p.5-13, Le Tribunal et la Cour estiment à cet égard, que l'interprétation des articles 101 et 102 appellent une délimitation adéquate du marché en cause: TPICE, 10 mars.1992, *SIV e.a. c/Commission*, aff. T-68/89, 77/89 et T-78/89, pt.159; TPICE, 21 févr.1995, *SPO e.a. c/Commission*, aff. T-29/92, Rec.p.II-289; CJCE, 24 sept.2009, *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aff. C-125/07,133/07,135/07, 137/07, concl. Y. Bot, présentées le 26 mars.2009, note L. Idot, «Entente dans le secteur bancaire», *Europe*, nov.2009, comm. n°425, p.33-34; note C. Sarrazin, *Concurrences*, n°4, 2009, p.94-95. Pour une discussion de ce point: M. FURSE, «Market Definition: The draft Commission Notice», *ECLR*, vol.6, 1997, p.378.

<sup>180</sup> Communication du 19 déc.1997, prec, pt.10.

<sup>181</sup> S. BAKER, L. WU, «Applying the Market Definition Guidelines of the European Commission», *ECLR*, 1998, p.273. La communication s'inspire en effet très nettement des Guidelines américaine en matière de test SSNIP par ex: M. GLAIS, «Analyse économique de la définition du marché pertinent: son apport au droit de la concurrence», *Economie rurale*, n°277-278, 2003, p.23-44, *op.cit.*

<sup>182</sup> Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JO, n° C 372/03 du 9 déc.1997, p.5-13.

cause suppose de délimiter un marché de produits à côté d'un marché géographique. Le marché de produits se définit comme: «(...) tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés». La substituabilité s'introduit à côté de l'interchangeabilité; mais afin de mieux entretenir l'ambiguïté, la communication use des deux termes de façon alternative. Cette définition du marché de produits reprend en réalité celle d'un formulaire AB en matière de concentration<sup>183</sup>. C'est précisément du contentieux des concentrations que la communication importe une définition du marché de produits qui a pour but d'être vulgarisée à l'ensemble des pratiques anticoncurrentielles<sup>184</sup>.

À l'instar du flou entretenu autour du critère de substituabilité, la communication introduit, sans nécessairement le mentionner de façon explicite, le test SSNIP<sup>185</sup> de même que nombre de critères qualitatifs: caractéristiques, usage des produits ou services considérés. S'ils devaient faire l'objet d'une application rigoureuse, ces différents critères nécessiteraient des études psychologiques, des sondages, bref, un appareil méthodologique très sophistiqué<sup>186</sup>. À défaut, ils renforcent d'autant le pouvoir discrétionnaire en matière de délimitation du marché en cause. La Commission elle-même indique à ce propos les difficultés méthodologiques qui s'attachent à connaître le point de vue des consommateurs<sup>187</sup>. Face aux mêmes difficultés, ces précisions de l'Autorité de la concurrence s'avèrent éclairantes: «Le Conseil a donné dans ses rapports précédents la définition suivante du marché pertinent: Le marché, au sens où l'entend le droit de la concurrence, est défini comme le lieu où se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou service spécifique. (...) Une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, le Conseil regarde comme substituables et comme se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande»<sup>188</sup>.

---

<sup>183</sup> L. IDOT, *Europe*, févr.1998, p.24.

<sup>184</sup> Règlement n°4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentrations entre entreprises, JO, n° L 395 du 30 déc.1989

<sup>185</sup> Bruxelles s'aligne ainsi sur les lignes directrices des autorités antitrust: Fed. Reg.28.493-502(1982); Communication 1997, *op.cit*, pts.17 et 36.

<sup>186</sup> Qu'il faut bien sûr conjuguer aux contraintes de temps et de budget mentionnés en début de section.

<sup>187</sup> Communication de la Commission, *op.cit*, pt.41: «Dans le cas des biens de consommation, il peut être difficile pour la Commission de connaître directement le point de vue des consommateurs finals sur les produits de substitution (...)»

<sup>188</sup> Rapport annuel 2004, Conseil de la concurrence, La documentation française, p.202; Déc.07-D-06, 14 févr. 2007; Déc.07-D-09, 14 mars.2007

Partant, c'est autour du «raisonnable» que se délimite le marché en cause. L'emploi de la méthode du faisceau d'indices est aussi privilégié pour la détermination des caractéristiques du produit et donc du marché en cause<sup>189</sup>: *«Les études de marché passées, commandées et utilisées par les entreprises pour fixer le prix de leurs produits et/ou déterminer leurs actions commerciales, peuvent lui fournir des renseignements précieux pour définir le marché en cause. Les enquêtes menées auprès des consommateurs pour connaître leurs habitudes de consommation et leurs comportements d'achat, les avis exprimés par les détaillants, ainsi que, de manière plus générale, les études de marché communiquées par les parties et par leurs concurrents sont utilisées pour déterminer si une proportion économiquement significative des consommateurs considère deux produits comme substituables, en tenant également compte de l'importance des marques de fabricant pour les produits en question»*<sup>190</sup>.

Tout bien considéré, la communication n'apporte aucune garantie de rigueur supplémentaire dans la délimitation du marché en cause. De quelle manière s'assurer qu'un échantillon de préférences (études de satisfaction, enquêtes, etc.) est représentatif de l'ensemble du marché analysé? De quelle manière s'assurer d'une rigueur méthodologique? Devant ces questions sans réponses, force est d'admettre que tout cet appareil probatoire n'empêche nullement que se délimite de façon stratégique le marché de produits.

À côté du marché de produits, la délimitation du marché en cause comprend parfois celle du marché géographique<sup>191</sup>. Il faut, dès à présent, se garder de toute forme d'analogie avec le modèle de Hotelling ou tests économiques du même ordre: *« Le marché géographique comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des*

---

<sup>189</sup> Communication de la Commission, *op.cit.*, pt.26.

<sup>190</sup> Communication de la Commission, *op.cit.*, pt.41.

<sup>191</sup> Quant à la catégorie de «marché géographique», c'est à tort qu'on voudrait la rapprocher du modèle de «Hotelling». Celui-ci rend compte d'une situation dans laquelle: *«des produits ne sont substituables que si les consommateurs ont effectivement la possibilité d'arbitrer entre eux»*. En d'autres termes, pour être considérés comme substituables sur un marché, les produits échangés doivent être géographiquement accessibles aux consommateurs. Au prix, s'ajoute donc le critère géographique. Pour être concurrentielles, les entreprises doivent pouvoir se situer dans des lieux géographiquement proches. Dès l'instant où elles sont géographiquement très éloignées, les prix augmentent et ne sont plus susceptibles d'être modifiés par l'introduction d'une rivalité concurrentielle. Le modèle: *«(...) considère une «ville linéaire» (ou une rue). Les consommateurs sont répartis uniformément le long de cette ville. Les deux entreprises sont deux magasins qui vendent le même bien physique. Ces deux magasins sont situés aux deux extrémités de la ville. Le magasin 1 est lié à l'abscisse  $x=0$ , le magasin 2 à l'abscisse  $x=1$  (la ville est supposée de longueur 1). Le coût d'approvisionnement et de distribution du bien pour chacun des magasins est  $c$ . Pour se rendre au magasin, les consommateurs, valorisant le temps nécessaire pour se déplacer et/ou supportant un coût de transport, font face à un coût global proportionnel à la distance parcourue. Ainsi un consommateur habitant à l'abscisse  $x$  à un coût  $tx$  pour aller au magasin 1 et  $t(1-x)$  pour aller au magasin 2»*. On doit remarquer cependant que le modèle de Hotelling n'indique pas quelle doit être l'implantation géographique optimale des entreprises pour que puisse s'exercer une concurrence adéquate. Pour un rapprochement du marché géographique avec le modèle de Hotelling: M-C. BOUTARD LABARDE, D. BUREAU, «La détermination du marché pertinent», *RJDA*, 1993, n°11, p. 743-750.

*biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines, parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable*<sup>192</sup>. Cette définition du marché géographique a elle aussi été importée du domaine des concentrations. Mentionnée dans un formulaire CO adressé aux entreprises, elle a ultérieurement été généralisée par la communication de 1997<sup>193</sup>.

L'expression concurrence homogène, qui ne réfère à aucun modèle ou test économique, s'avère déterminante dans la délimitation du marché géographique. La Commission y ajoute en complément, d'autres indices: barrières liées aux préférences nationales ou locales, spécificité du secteur des produits ou services considérés, existence d'une réglementation spécifique, méthode de distribution utilisée, image particulière du produit, audience d'écoute, habitudes de consommation, existence de contrats publics, conditions d'obtention des autorisations administratives, analyse des courants d'échanges<sup>194</sup>. Autant de paramètres qui ouvrent la voie à une interprétation large. L'euphémisme employé à cet égard consiste à qualifier l'approche de la Commission, de «souple», fondée: «(...) *sur des éléments «empiriques» et en exploitant toutes les informations dont elle dispose et qui peuvent lui être utile pour l'appréciation des cas concrets*»<sup>195</sup>. À l'instar du marché de produits, la délimitation du marché géographique comporte donc une grande part de subjectivité<sup>196</sup>. Ceci laisse une latitude importante à la Commission dans l'appréciation de sa pratique décisionnelle. En voulant rapprocher le marché en cause du marché pertinent, la communication de 1997 semble proposer une délimitation moins arbitraire en apparence. Mais on voit bien à l'analyse que cette nouvelle refonte du marché en cause ne correspond que très superficiellement au concept de marché pertinent. Ce qui entretient l'illusion, c'est précisément l'introduction d'un jargon proche du discours économique. Non seulement la nouvelle redéfinition du marché en cause ne correspond pas à celle de marché pertinent, mais elle laisse place en plus à un ensemble d'indices complémentaires, qui réintroduisent autant

---

<sup>192</sup> Communication de la Commission, *op.cit.*, pt.8.

<sup>193</sup> Formulaire CO, tel que prévu par le règlement n°2367/90 note 13, in concl. Tesauro sous l'affaire *France e.a c/ Commission*, présentées le 6 févr.1997, aff. C-68/94 et 30/95, Rec.p.I-1411

<sup>194</sup> Par exemple, Déc. 07-D-10 du 28 mars.2007, *relative à une plainte à l'encontre du Comité interprofessionnel du gruyère de Comté*; Déc. 98-D-70 du 24 nov.1998, *relative à la saisine des sociétés Multivision et Télévision Par Satellite (TPS) dans le secteur des droits de diffusion audiovisuelle*; CA Paris, 28 janv.1988, BOCCRF, n°3/88; Déc. 06-D-29 du 6 oct.2006, *relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE Les Indépendants dans le secteur de la publicité radiophonique*; Déc.04-D-07 du 11 mars.2004, *relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE Les Indépendants dans le secteur de la publicité radiophonique*; Communication de la Commission, *op.cit.*, pts.25, 29-31.

<sup>195</sup> Communication de la Commission, *op.cit.*, pt.25.

<sup>196</sup> Communication, préc, pt.24.

qu'ils renforcent, le pouvoir discrétionnaire de la Commission. Ainsi que le note très justement Mme Idot sur ce point: «(...) *Cette communication risque d'être d'un faible intérêt pour les praticiens confrontés à ce délicat problème*»<sup>197</sup>.

## B- La délimitation du marché en cause au regard de la pratique décisionnelle et de la jurisprudence

La délimitation s'opère principalement par référence aux caractéristiques du produit (a). Ce n'est que lorsque ce critère s'avère insuffisant, que d'autres moyens de preuves supplémentaires interviennent: études de marché, études de satisfaction, etc. La délimitation du marché géographique vient elle aussi en complément de celle du produit (b).

### a- La délimitation du marché de produits

Quel que soit le degré de sophistication des modèles ou celui des tests économiques, la délimitation du marché en cause nécessite de choisir au préalable la ou les caractéristiques du produit pertinent. C'est ce choix qui détermine l'ensemble de la délimitation ultérieure. Le reste n'est qu'un assemblage de preuves qui viennent au soutien de ce jugement initial. Comme l'indique Mario Monti, l'élargissement ou la restriction d'un marché en cause peut tenir dans des considérations politiques: la libéralisation d'un secteur en réseau par exemple<sup>198</sup>. Au fond, ce qu'apporte la communication de 1997 à cette délimitation, c'est un degré probatoire supplémentaire. Précisément, c'est autour de la solidité de ce degré probatoire que s'affrontent la Commission et les parties<sup>199</sup>. Comme l'affirme P. Ver Loren Van Themaat: « (...) *le marché géographique en cause n'est pas une notion autonome mais elle est liée à la position dominante qu'il convient d'établir et à cet égard c'est une notion fonctionnelle*»<sup>200</sup>. De façon plus générale, l'avocat général Bot soutient que la Commission

---

<sup>197</sup> L. IDOT, *Europe, op.cit*, p.24.

<sup>198</sup> M. MONTI, «Market definition as a cornerstone of EU Competition Policy», *Discours d'Helsinki*, 5 oct.2001 (speech 01/439); Déc.Commission, 11 oct.2000, *AOL/ Time Warner*, COMP/M.1845, JOCE, n° L 268 du 9 oct. 2001; Déc. Commission, 12 avr.2000, *Vodafone Airtouch c/ Mannesmann*, COMP/M.1795, JOCE, n° C 141 du 19 mai. 2000, p. 19

<sup>199</sup> TPICE, 6 juil.2000, *Wolkswagen c/ Commission*, aff.T-62/98, Rec.p.II-2707

<sup>200</sup> P. Ver LOREN Van THEMAAT, «L'économie à travers le prisme du juriste», *RIDE*, 1989, vol.2, p.133-162; de façon similaire, v., concl de P. Ver Loren Van Themaat sous l'arrêt CJCE 9 nov.1983, *Michelin/Commission*, aff. 322/81, Rec. p. 3534-3535, note P. Laurent, *Gaz. Pal.*, 1984, I, p.337-339. On retrouve le même argument dans l'affaire relative au cartel «Lombard» où le TPICE affirme: «*La définition du marché en cause ne joue pas le même rôle selon qu'il s'agit d'appliquer l'article 81 CE ou l'article 82 CE. En effet, dans le cadre de l'application de l'article 81 CE, c'est pour déterminer si l'accord, la décision d'association d'entreprises ou la*

peut, «(...) appliquer ces critères avec souplesse et pragmatisme, et les pondérer en fonction de la nature du problème de concurrence en cause, des caractéristiques des produits concernés ainsi que des objectifs qu'elle poursuit»<sup>201</sup>.

L'Autorité de la concurrence va dans le même sens: «La délimitation du marché pertinent est essentielle en droit de la concurrence, car elle permet d'apprécier, d'une part, le pouvoir de marché d'une entreprise et d'autre part, les effets des pratiques mises en œuvre. Enfin, la circonscription du marché pertinent permet de quantifier, tout au moins, en partie, le dommage à l'économie conduisant à l'évaluation des sanctions»<sup>202</sup>. Il n'y a en conséquence rien d'étonnant au fait que les parties organisent généralement leurs stratégies de défense en se concentrant sur la preuve de la délimitation du marché en cause<sup>203</sup>. Aussi, l'enjeu se situe-t-il moins dans la production d'énoncés rigoureux que dans leur solidité probatoire.

L'analyse de la pratique décisionnelle s'éloigne en ce sens des canons de la communication de 1997. En effet, la délimitation du marché en cause reste avant tout tributaire de l'interchangeabilité du côté de la demande, celle-ci étant déterminée par référence aux caractéristiques objectives du produit<sup>204</sup>. Et c'est en fonction des

---

*pratique concertée en cause est susceptible d'affecter le commerce entre États membres et a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun qu'il faut définir le marché en cause. C'est la raison pour laquelle, dans le cadre de l'application de l'article 81, paragraphe 1, CE, les griefs formulés à l'encontre de la définition du marché retenue par la Commission ne sauraient revêtir une dimension autonome par rapport à ceux relatifs à l'affectation du commerce entre États membres et à l'atteinte à la concurrence. Dès lors, la contestation de la définition du marché pertinent est inopérante si la Commission a conclu à juste titre que l'accord en question faussait la concurrence et était susceptible d'affecter de façon sensible le commerce entre États membres», TPICE 14 déc.2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG e.a./Commission, aff. T-259/02 à T-264/02 et T-271/02, pts.172 et 175, Rec.2006, p.II-5169*

<sup>201</sup> Conclusions. Y Bot présentées le 26 mars.2009, pts.171-177, sous CJCE, 24 sept.2009, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG e.a./Commission, aff.C-125/07,133/07,135/07 et 137/07

<sup>202</sup> Conseil de la concurrence, *Rapport annuel 2004*, La documentation française, p.201.

<sup>203</sup> Par ex, Avis 99-A-14 du 28 sept. 1999, *relatif au projet d'acquisition par la société The Coca-Cola Company des actifs de la société Pernod Ricard relatifs aux boissons de marque Orangina*; Avis 98-A-09 du 29 juil. 1998, *relatif au projet d'acquisition par la société The Coca-Cola Company de l'ensemble des actifs du groupe Pernod Ricard relatifs aux boissons de marque Orangina*. La Cour de cassation affirme à cet égard que «la délimitation du marché sert à apprécier les conditions dans lesquelles s'exercent la concurrence»: Cass.com. 25 avril.1989, *Laboratoires Vichy et Ruby*, Bull. civ. IV, n°135; Cass.com. 8 déc.1992, Bull. civ. IV, n°404; Déc. Commission, 11 mars.1998, *Van den Bergh Foods Limited*, aff. n° IV/34.073, n° IV/34.395 et n° IV/35.436; Déc. Commission, 24 avr.1996, *Gencor/Lonrho*, aff. n° IV/M.619, Déc. Commission, 31 janv.2001, *SCA/Metsä Tissue*, 2002/156/CE COMP/M.2097

<sup>204</sup> En ce sens, Déc. Commission, 30 sept.1992, *Du Pont/ICI*, 93/3/CEE, JO, n° L n° 007 du 13 déc. 1993, p.13-24; Déc. Commission, 30 nov.2005, *Armando Álvarez SA, Bernay Film Plastique, Bischof + Klein France SAS, Bischof + Klein GmbH & Co. KG, Bonar Technical Fabrics NV, British Polythene Industries PLC, Cofira-Sac SA, Combipac B.V., Fardem Packaging B.V., FLSmidth & Co. A/S, FLS Plast A/S, Groupe Gascogne, JM Gesellschaft für industrielle Beteiligungen mbH & Co. KGaA, Kendrion N.V., Koninklijke Verpakingsindustrie Stempher C.V., Low & Bonar PLC, Nordenia International AG, Nordfolien GmbH, Plásticos Españoles S.A., RKW AG Rheinische Kunststoffwerke, Sachsa Verpackung GmbH, Stempher B.V., Trioplast Industrier AB, Trioplast Wittenheim SA, UPM-Kymmene Oyj*, aff.COMP/38.354, JO, n°L 282 du 26 oct.2006; Déc.



caractéristiques du produit que l'autorité de la concurrence détermine l'interchangeabilité et non le contraire<sup>205</sup>. Avant d'aller plus loin, il convient de préciser de quelle manière ces caractéristiques objectives relèvent du jugement. Un premier argument est d'observer, dans la plupart des cas, que la ou les caractéristiques retenues ne délimitent qu'un produit parmi d'autres d'une entreprise. En d'autres termes, le marché en cause ne s'attache qu'à ne circonscrire qu'une portion des échanges de l'entreprise considérée. À cela, il faut ajouter que les caractéristiques d'un produit ne disent rien en soi; ce qui donne un sens à cette factualité prédéfinie, c'est le processus d'abstraction qui en découle, en d'autres termes, la fiction qui consiste à subsumer sous la catégorie de marché en cause, une caractéristique d'un produit. Selon l'intention poursuivie, la délimitation s'opère de façon étroite ou au contraire plus large.

Pour parvenir à démontrer la position dominante d'*Europemballage* dans l'affaire *Continental Can*, la Commission délimite, au sein du marché des emballages métalliques, un certain nombre de sous marchés<sup>206</sup>. À cette fin, elle distingue les emballages destinés aux conserves de produits carnés, les emballages destinés aux produits de pêche et enfin les couvercles métalliques autres que les bouchons-couronnes<sup>207</sup>. De cette façon, la Commission parvient à établir la position dominante *Continental Can*. Mais cette délimitation est contestée par les entreprises requérantes. Celles-ci affirment devant la Cour que l'analyse de la Commission comprend un certain nombre d'erreurs matérielles tant dans le calcul des parts de marché que dans l'analyse de l'interchangeabilité du produit<sup>208</sup>. La Cour décide alors au regard des critiques adressées au raisonnement de la Commission d'annuler, pour défaut de motivation, la décision.

Dans l'affaire *Hugin*, la Commission rattache la délimitation du marché en cause au constat que *Hugin* jouit d'un monopole sur le marché de rechange des pièces des appareils de

---

Commission, du 14 mars.2006, *DONG/Elsam/Energi E2*, aff.COMP/M.3868, JO L 133, du 25 mai.2007, p.24-36; Déc. Commission du 19 juil.2006, *OMYA/J.M. HUBER PCC*, aff. COMP/M.3796, JO, n° L 72 du 13 mars.2007, p.24-28; Déc. Commission, 19 janv.2005, *Akzo Nobel NV, Akzo Nobel Nederland BV, Akzo Nobel Chemicals BV, Akzo Nobel Functional Chemicals BV, Akzo Nobel Base Chemicals AB, Eka Chemicals AB, Akzo Nobel AB, Atofina SA, Elf Aquitaine SA, Hoechst AG, Clariant GmbH, Clariant AG*, aff.C 37.773, JO, n° L 353, du 13 déc.2006, p.13-15; Déc. Commission, 26 mai.2004, *Souris/Topps*, aff.COMP/C-3/37.980, JO, n° L 353 du 13 déc.2006, p.5-6; Déc.Commission, 6 oct.2004, *Areva/Urenco*, aff.COMP/M.3099, JO, n° L 61 du 2 mars.2006, p.11-16; Déc. Commission, 9 nov.2004, *EDP/ENI/GDP*, aff. COMP/M.3440, JO, n° L 302 du 19 nov.2005, p.69-78

<sup>205</sup> Pour un point de vue du même ordre: C. DEPEYRE, H. DUMEZ, « Qu'est-ce qu'un marché? Un exercice Wittgensteinien », in A. Hatchuel, O. Favereau, F. Aggeri (dir.), *L'activité marchande sans le marché? Colloque de Cerisy*, Presses des Mines, 2010, p.211-228.

<sup>206</sup> Déc. Commission, 9 déc.1971, *Continental Can Company*, JO, n° L 007, du 8 janv.1972, p.25.

<sup>207</sup> CJCE, 21 févr.1973, *Europemballage Corporation et Continental Can c/ Commission*, Rec. 1973, p.215, pt.31.

<sup>208</sup> Conclusions de l'avocat général K. Roemer, présentées le 21 nov. 1972, Rec.1973, p.254-268.

sa propre fabrication<sup>209</sup>. Ainsi, *Hugin* «détient par conséquent, dans le secteur de l'entretien et la réparation des caisses enregistreuses *Hugin*, une position dominante par rapport aux entreprises indépendantes qui ont besoin d'être approvisionnées en pièces de rechange d'origine (...)». La Cour rajoute à cette délimitation plusieurs sous marchés: celui de la «prestation de service et de la vente d'une marchandise» d'une part, et d'autre part, celui des «entreprises indépendantes, spécialisées dans l'entretien et la réparation de caisses enregistreuses, dans la remise en état d'appareils usagés ainsi que dans la vente d'appareils d'occasions et la location d'appareils». À la suite de quoi, la Cour conclut que les pièces de rechange *Hugin* ne sont pas interchangeables avec celles d'autres pièces provenant d'entreprises concurrentes<sup>210</sup>. Le refus de vente opposé par *Hugin* à des entreprises situées en dehors de son réseau commercial constitue un abus de position dominante<sup>211</sup>.

Une autre affaire délimite le marché en cause par référence aux pièces compatibles uniquement avec le produit fabriqué. C'est ce que décide par exemple une décision *Hilti*, dans laquelle la Commission estime qu'*Hilti* détient une position dominante sur les marchés des pistolets de scellement, de clous et de chargeurs compatibles avec ses propres appareils<sup>212</sup>. Cette sélection de caractéristiques permet d'aboutir à la conclusion selon laquelle, les produits considérés ne sont pas interchangeables. Il en est de même d'un marché de: «poupées-mannequins [qui] présentent des caractéristiques spécifiques leur conférant une allure typique; qu'en effet, à la différence des autres jouets anthropomorphes, elles se présentent le plus souvent sous l'apparence physique d'une femme adulte caractérisée par une tête placée sur un cou long, une abondante chevelure, des yeux bien dessinés et une poitrine développée»<sup>213</sup>. La Commission distingue dans une autre affaire, différents marchés de sucre:

---

<sup>209</sup> CJCE 31 mai 1979, *Hugin c/ Commission*, aff.22/78, Rec.1978, p.1869, Déc. Commission, 8 déc.1977, *Hugin Liptons*, JO, n°22 du 27 janv.1978, p.23-25.

<sup>210</sup> On retrouve le même type de découpage artificiel dans l'avis du Conseil de la concurrence rendu à propos de la concentration entre les entreprises SEB et Moulinex: treize sous-marchés sont identifiés par le Conseil (friteuses électriques, grilles-pains, cafetières électriques, machines expresso, bouilloires électriques, mini-fours, barbecues et grils électriques, cuiseurs de riz et cuiseurs vapeurs, appareils sandwich et gauffriers, mélangeur et préparateurs culinaires, appareils de repas informels, fers à vapeurs et centrales vapeurs.): Avis n°04-A-16. Dans le même sens: Déc. Commission, 2 oct.1991, *Aérospatiale-Alenia/ De Havilland*, JOCE, n° L 334, du 5 déc.1991; Déc. Commission, 3 juil.2001, *GE c/Honeywell*, JOUE, n° L 48, du 18 févr.2004

<sup>211</sup> Pour une illustration d'interprétation extensive: CJCE, 6 mars.1974, *ICI et Commercial Solvents c/ Commission*, aff. 6/73, Rec. 1973, p.357

<sup>212</sup> Déc. Commission, *Eurofix-Bauco c/ Hilti*, op.cit, pt.81-87; CJCE, 2 mars.1994, *Hilti c/ Commission*, aff. C-53/92 P, Rec.p.I-667, note C. Bolze, *RTDCom*, 1994, p.614-615; note R. Downing, «Hilti: the final nail», *ECLR*, 1995, p.13-56; note L. Idot, *Europe*, mai.1994, comm. n°202, p.17.

<sup>213</sup> Déc. 99-D-45 du 30 juin 1999, relative à des pratiques constatées dans le secteur du jouet; Déc. 00-D-85 du 20 mars 2001, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution du chlorate de soude; CJCE, 14 mai.1975, *Kali und Salz AG et Kali-Chemie AG c/ Commission des Communautés européennes*, aff. C-19 et 20/74, Rec.1975, p.499; TPI, 10 juil.1991, *RTE, BBC, ITP c/ Commission*, aff.T-69/89, T-70/89, T-76/89, Rec.p.II-485, 535, 575

les sucres spéciaux autres que ceux cristallisés sont par exemple jugés non substituables du point de vue du consommateur<sup>214</sup>. L'arrêt *Ladbroke* qui a trait au domaine des paris circonscrit quant à lui un marché de «*sons et images de courses hippiques*» distinct du marché des «*paris réalisés sur ces courses*»<sup>215</sup>. Ces exemples ne sont bien entendu pas exhaustifs des illustrations d'une délimitation du marché de produits fondée sur des critères objectifs<sup>216</sup>.

Il est des situations où la référence aux critères objectifs ne peut suffire. Lorsqu'une entreprise conteste par exemple les critères retenus, la Commission est contrainte de faire appel à des éléments probatoires supplémentaires. L'appréciation se fait alors en fonction de critères dits subjectifs. Comme il a été affirmé, ces critères viennent en complément de délimitation initiale retenue par l'autorité de la concurrence. Il s'agit par exemple d'études économétriques<sup>217</sup>, d'enquêtes de satisfaction, d'analyse de l'environnement juridique, du particularisme de l'offre, etc. Dans l'affaire *United Brands* par exemple, la Commission, délimite, au sein du marché des fruits, celui plus spécifique de la banane. Elle justifie cette délimitation au regard des caractéristiques particulières de ce produit «*La banane a une apparence, un goût, une consistance moelleuse, une absence de pépins, un maniement facile, un niveau permanent de production qui lui permet de satisfaire les besoins constants d'une catégorie importante de la population composée d'enfants de personnes âgées et malades*»<sup>218</sup>. Afin de conforter l'argument, la Commission fait référence à une étude de la *FAO* qui consolide le jugement selon lequel le marché de produits en cause est celui de la banane. En

---

<sup>214</sup> Déc. Commission, 18 juil.1988, *Napier Brown c/ British Sugar*, JOCE, n° L 284 du 19 oct.1988, p.41-59

<sup>215</sup> TPI, 12 juin.1997, *Tiercé Ladbroke SA c/ Commission*, aff. T-504/93, Rec.II-p.923

<sup>216</sup> Déc. Commission, du 23 déc.1992, *Langnese-Iglo GmbH*, IV/34.072, JO, n° L 183, du 26 juil.1993, p.19-37; Déc. Commission, du 23 déc.1992, *Schöller Lebensmittel GmbH*, aff. IV/31.533 et IV/34.072, JO, n° L 183 du 26 juil.1993, p.1-18; Déc. Commission, 14 févr.1995, *Mercedes-Benz/Kässbohrer* aff.IV/M.477, JO, n° L 211 du 6 sept.1995, p.1-29; Déc. Commission, 4 déc.1996, *Saint-Gobain/Wacker, Chemie/NOM* aff.IV/M.774, JO, n° L 247 du 10 sept.1997, p.1-46

<sup>217</sup> Déc. Commission, 22 sept.1999, *Airtours, First Choice c/ Commission*, JOCE, n° L 93 du 13 avr.2000; Déc. Commission, 11 mars.1998, *Van den Bergh foods Limited*, 98/531/CE, n° IV/34.073, n° IV/34.395 et n° IV/35.436; Déc. Commission, 24 avr.1996, *Gencor/Lonrho*, n° IV/M.619; Déc. Commission, 30 oct.2001, *Tetra Laval/Sidel c/ Commission*, 2004/124/CE, COMP/M. 2416; Déc. Commission, 9 nov.2004, *EDP/ENI/GDP*, aff. COMP/M.3440, JO, n° L 302 du 19 nov.2005, p.69-78; Déc. Commission du 8 mai.2001, *Glaxo Wellcome, Aseprofar et Fedifar, Spain Pharma, BAI*, IV/36.997/F3, aff.IV/36.957/F3, IV/37.121/F3, IV/37.138/F3; Déc. Commission, 16 sept.1998, *Trans- Atlantic Conference Agreement*, 1999/243/CE, JO, n° L 95 du 9.avr.1999, p. 1-112; Déc. Commission, 30 avr.1999, *Europe Asia Trades Agreement*, 1999/485/CE, JO, n° L 193 du 26 juil.1999 p. 23-60

<sup>218</sup> CJCE, 14 févr.1978, *United Brands c/Commission*, aff.C-27/76, Rec.1978, p.207, pt.31, v. aussi Déc.07-D-13, 6 avr.2007 du *relative à de nouvelles demandes de mesures conservatoires dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent*; TPICE, 6 juin.2002, *Airtours/Commission*, T-342/99, Rec.2002, p.II-2585; TPICE 22 oct.2002, *Schneider Electric/Commission*, aff.T-313/01, Rec.2006, p.II-111; TPICE, 25 oct.2002, *Tetra Laval/Commission*, aff.T-5/02, Rec.2002, p.II-4381

effet, l'étude justifie sur un certain nombre de marchés, la faible substituabilité de la banane par rapport à d'autres produits concurrents<sup>219</sup>.

D'autres affaires impliquent toutefois un degré probatoire plus poussé. La décision de circonscrire à l'eau de source embouteillée le marché qui résulte de l'acquisition de certains actifs du groupe Perrier par Nestlé a fait l'objet d'âpres controverses<sup>220</sup>. La Commission distingue le marché de l'eau plate de celui de l'eau gazeuse afin d'englober les deux marchés dans celui plus large des eaux de source embouteillées<sup>221</sup>. Cette appréciation est remise en cause par Nestlé qui estime que le marché en cause doit être circonscrit aux boissons rafraîchissantes sans alcool<sup>222</sup>.

Au soutien de cette analyse, Nestlé produit une étude économique qui porte sur la substituabilité du côté de la demande. Réalisée sur un échantillon de consommateurs, cette étude estime que le critère de substituabilité à prendre en considération est celui de l'étanchement de la soif. Ces prémisses permettraient d'aboutir à la conclusion selon laquelle le marché à prendre en considération est celui des boissons rafraîchissantes sans alcool. Face à ce moyen de preuve, la Commission rétorque qu'elle *«considère qu'une substituabilité limitée à la seule fonction du produit ne suffit pas à établir sa substituabilité en termes de concurrence. En l'espèce, si le seul critère nécessaire pour établir la substituabilité était «l'étanchement de la soif», de nombreux produits de nature très différente qui remplissent cette fonction devraient être considérés comme appartenant au même marché (thé, lait, bière, certains fruits, etc.)»*<sup>223</sup>. En conséquence de quoi la Commission produit un ensemble de preuves (enquêtes d'opinion auprès des consommateurs, évolution du prix, faible élasticité ou encore condition de commercialisation du produit, etc.) dans le but de justifier que le marché de référence est celui de l'eau de source embouteillée<sup>224</sup>.

---

<sup>219</sup> Déc. Commission, 17 déc.1975, *Chiquita*, JO, n° L 95 du 9 avr.1976, p.1-20. Le raisonnement est confirmé par la Cour: CJCE, 14 févr.1978, *United Brands c/ Commission*, *op.cit.*

<sup>220</sup> Déc. Commission, 22 juil.1992, *Nestlé/ Perrier*, 92/553/CEE, aff. IV/M.190

<sup>221</sup> Déc. Commission, *Nestlé/ Perrier*, *op.cit.*, pt.7.

<sup>222</sup> Déc. Commission, *op.cit.*, pts.17-34. On retrouve des divergences similaires d'interprétation dans plusieurs autres types d'affaires. Le but étant, comme on l'a déjà dit, de déterminer le marché en cause de façon à ce que la qualification qui va en résulter puisse reposer sur des prémisses justifiées. Par ex, CJCE, 3 juil.1991, *Akzo c/Commission*, aff.C-62/86, Rec.1991, p.I-3359, note L. Vogel, CCC, n°11, 1991, comm. n°223; CJCE, 14 nov.1996, *Tetra Pak*, aff.C-333/94, Rec.1996, p.I-5951, note L. Vogel, CCC, 1996, comm. n°203; note L. Idot, *Europe*, janv.1997, comm. n°17, p.15-15; Déc.99-D-45 du 30 juin.1999, *relative à des pratiques constatées dans le secteur du jouet*; CJCE 9 nov.1983, *Michelin/Commission*, aff.322/81, Rec.1983, p.3461

<sup>223</sup> Déc. Commission, *op.cit.*, pt.9.

<sup>224</sup> Déc. Commission, *op.cit.*, pt.10, v. aussi, Déc 04-D-07 du 11 mars. 2004, *relative à des pratiques relevées dans le secteur de la boulangerie dans le département de la Marne*; Déc.04-D-13 du 8 avr.2004, *relative à des pratiques mises en œuvre par la société des Caves et des Producteurs réunis de Roquefort dans le secteur des fromages à pâte persillée*

On mesure combien la délimitation du marché en cause est parfois tributaire d'enchères probatoires très poussées<sup>225</sup>. En complément des caractéristiques du produit, la Commission réfère aussi à la «*nature de la demande*», au «*stade de processus de commercialisation*», aux «*coûts liés à la recherche*» ou, plus rarement, aux «*considérations relatives à la nature de l'offre*»<sup>226</sup>. De façon plus anecdotique les caractéristiques du marché de référence tiennent à la présentation du produit en magasin: «*Tant dans les supermarchés danois que les supermarchés suédois, les boissons gazeuses sans alcool ne sont pas présentées sur les mêmes rayonnages que le reste des boissons sans alcool (telles que café, thé, lait, jus de fruits), ce qui donne à penser que les boissons gazeuses sans alcool, et tout l'éventail des boissons sans alcool, constituent des marchés de produits distincts. Des produits en concurrence directe les uns avec les autres devraient normalement être présentés ensemble*»<sup>227</sup>.

La Cour juge par exemple que la «*structure particulière de la demande*» constitue un critère pertinent de délimitation d'un marché<sup>228</sup>. L'attribution de pouvoirs réglementaires est aussi au nombre des critères subjectifs qui président à la délimitation d'un marché en cause<sup>229</sup>.

---

<sup>225</sup> V. par ex, Déc.Commission du 21 mai.2003, *Deutsche Telekom AG* aff.COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579; Déc. Commission, 23 avr.1986, *Polypropylène*, 86/398/CEE, JO, n° L 230 du 18 août.1986 p.1-66; Déc. Commission, 11 mars.1998, *Van den Bergh Foods Limited*, JO, n° L 246 du 4 sept.1998 p.1-50

<sup>226</sup> CJCE, 9 nov.1983, *Michelin/Commission*, aff. 322/81, *op.cit.*; Déc.31 juil.1991, *Varta/Bosch*, aff.IV/M.12, JOCE, n° L 302, 22 nov.1991; Déc. 24 avr.1996, *Gencor/Lonrho*, aff.IV/M.619, CA Paris, 19 mai.1998, *SA France télécom*, BOCCRF, 18 juin.1998, p.339; Déc.88/501/CEE, 26 juil.1988, *Tetra Pak I*, IV/31.043; Déc. Commission, 14 mars.2000, *Alcan/ Alusuisse*, 2002/244/CE; TPICE, 30 mars.2000, *Kish Glass c/ Commission*, aff.T-65/96, Rec.p.II-1885. Pour une déclinaison exhaustive de l'ensemble des critères retenus en droit français: L. BIDAUD, *Le marché pertinent en droit français de la concurrence*, *op.cit.*, p.335-527.

<sup>227</sup> CJCE 9 nov.1983, *Michelin/Commission*, aff.322/81, *op.cit.*, pt.32; Déc. 09-D-04 du 27 janv.2009, *relative à des saisines de la société les Messageries Lyonnaises de Presse à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupe des Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne dans le secteur de la distribution de la presse*. L'Autorité de la concurrence affirme en ce sens: «*Comme il a été indiqué au paragraphe 3, la presse est distribuée selon trois modalités: par abonnement, par portage ou par le biais de la vente au numéro. Ce dernier mode de distribution est le plus utilisé par les éditeurs et a été reconnu, de façon constante, comme un marché distinct de la vente par abonnement par le Conseil de la concurrence dans ses décisions n°87-D-08 du 28 avril 1987, n°00-D-54 du 28 novembre 2000, n° 03-D-09 du 14 février 2003, n° 06-D-16 du 20 juin 2006 et n° 07-D-23 du 12 juillet 2007*», pt.41.

<sup>228</sup> CJCE, *Michelin/Commission*, *op.cit.*, pt 36. Dans le même sens: Déc. Commission, 11 mars. 1998, *Van Den Bergh Foods*, 98/531/CE, JO n° L246 du 4 sept.1998, p.1-50; Déc.99-D-20 du 9 mars.1999, *relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par le Conseil National des Professions de l'Automobile*; Déc.91-D-54 du 3 déc.1991, *relatif aux pratiques mises en œuvre par la société Jacobs Suchard France S.A. (Van Houten) à l'encontre des établissements Sotoco S.A.R.L.*; Avis 97-A-14 du 1<sup>er</sup> juil.1997, *relatif à la prise de participation de la société Carrefour dans le capital de la société Grands Magasins B (GMB)*

<sup>229</sup> CJCE, 13 mai.1975, *GMC*, aff. C-26/75, Rec.1975, p.1367; Déc.04-D-13 du 8 avr.2004, *relative à des pratiques mises en œuvre par la société des Caves et des Producteurs réunis de Roquefort dans le secteur des fromages à pâte persillée*; Déc.04-D-35 du 23 juil.2004, *relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des vins doux naturels d'appellation d'origine contrôlée Rivesaltes*; Déc.04-D-22 du 21 juin.2004, *relative à la saisine de l'Association française des opérateurs privés en télécommunications (AFOPT) et de l'Association des opérateurs de services de télécommunications (AOST) portant sur la commercialisation par France Télécom du tarif promotionnel "Primaliste longue distance"*; CJCE 2 mars.1983 *GLV/Commission*, aff.7/82, Rec.1983, p.483; Déc.07-D-05 du 21 févr.2007, *relative à des pratiques mises en œuvre par l'Union française des*

La Commission identifie en ce sens un marché de «(...) demandes d'agrégation et délivrance de certificats de conformité et de plaques d'identification tant pour les véhicules Opel neufs que pour ceux qui ont été immatriculés à l'étranger pendant moins de 6 mois»<sup>230</sup>. De même, un appel d'offres, une procédure de mise en concurrence circonscrivent, dans de nombreux cas, le marché de référence<sup>231</sup>. Enfin, le degré d'*intuitu personae* ou la marque du producteur peuvent constituer aussi des critères de délimitation possible<sup>232</sup>. La délimitation du marché géographique obéit à un même type de raisonnement.

#### b- La délimitation du marché géographique

Le marché géographique singularise par exemple des «*préférences nationales*»<sup>233</sup>, de même qu'il prouve, dans certaines circonstances, le cloisonnement des échanges au niveau

---

*orthoprothésistes (UFOP) sur le marché de la fourniture d'orthoprothèses*; Déc.07-D-10, du 28 mars.2007 relative à une plainte à l'encontre du Comité interprofessionnel du gruyère de Comté

<sup>230</sup> Déc. Commission, 19 déc.1974, *GMC*, 75/75/CEE, JO, n° L 29 du 3 févr.1975, p.14. Dans le même sens: Avis 03-A-21 du 31 déc.2003, relatif à la position de la Mutualité Fonction Publique sur le marché des prestations sociales au profit des agents publics; CJCE 23 avr.1991, *Höfner et Elser*, aff.41/90, *op.cit*; CJCE, 18 juin.1991, *ERT c/ DEP*, aff. 209/89, Rec.p.I-3977; CJCE, 10 déc.1991, *Meci Convenzionali Porto di Genova*, aff. C-179/90, Rec.p.I-5889; CJCE, *FFSA* 16 nov.1995, aff. C-244/94, Rec.1995-I, p.4013 et CE 8 nov.1996, *FFSA*, Rec.p.441; CJCE, 31 oct.1985, *CBEM/CLT*, aff.311/84, Rec.1985, p.3261; CJCE 17 mai.1994, *Corsica Ferries*, aff.18/93, Rec.1994, p.I-1783, note D. Simon, *Europe*, juil.1994, comm. n°214, p.14-15; CJCE, 1<sup>er</sup> juil.2008, *MOTOE*, aff.49/07, Rec. 2008, p.I-4863

<sup>231</sup> Déc. 07-D-01 du 17 janv.2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics de travaux de canalisations dans le département du Morbihan; Déc. 07-D-02 du 23 janv.2007, relative à des pratiques ayant affecté l'attribution de marchés publics et privés dans le secteur de l'élimination des déchets en Seine-Maritime; Déc. 07-D-29 du 26 sept.2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics d'installation électrique lancés par l'établissement public du musée et du domaine national de Versailles; CA Paris, 14 janv.2003; CA Paris, 3 juil.2008; pour une analyse de la délimitation des marchés en cause en matière de contrats publics: L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, LGDJ, 2009, p.289.

<sup>232</sup> Déc. Commission, 20 mai.1998, *Price Waterhouse*, 1999/152/CE, JO, n° L 50 du 26 févr.1999, p.27-49; Déc. Commission, 16 déc.1991, *Yves-Saint Laurent Parfums*, 92/33/CEE, JO, n° L 012 du 18 janv.1992, p. 24-35; TPI, 10 juil.1991, *Radio Telefís c/ Commission*, aff. T-70/89, Rec.p.II-485; TPI, 10 juil.1991, *BBC et BBC Ltd c/ Commission*, aff. T-76/89, Rec.p.II-535; TPI, 10 juil.1991, *ITP c/ Commission*, aff.76/89, Rec.p.II-575. V. en ce qui concerne les circuits de distribution: Déc. 07-D-12 du 28 mars.2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du chèque-cinéma; Déc. 07-D-44 du 11 déc.2007; Déc. 07-D-44 du 11 déc.2007, relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE Ciné Alpes, Déc. 06-D-36 du 6 déc.2006, relative à des pratiques mises en œuvre par la société civile de moyens Imagerie Médicale du Nivolet

<sup>233</sup> Sur ce point: Déc. Commission, 7 juin.1994, *Bertelsmann/news International et Vox*, où la Commission décide de spécifier le champ du marché géographique par rapport à la différence de langues; Déc. 04-D-44 du 15 sept.2004, relative à une saisine présentée par le Ciné-Théâtre du Lamentin dans le secteur de la distribution et de l'exploitation de films; Avis 04-A-17, du 14 oct.2004, relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de Régulation des Télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques; Déc. 04-MC-02 du 9 déc.2004, relative à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Bouygues Télécom Caraïbe à l'encontre de pratiques mises en œuvre par les sociétés Orange Caraïbe et France Télécom; Déc. 07-D-08 du 12 mars.2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'approvisionnement et de distribution du ciment Corse; CA Paris, 26 avr.1989, *Pompes funèbres générales c/Cts Leclerc*; CJCE 14 févr.1978, *United Brands*, *op.cit*, Déc. 07-D-39 du 23 nov.2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de personnes sur la route Paris-Londres, pt.80; Déc. Commission, 11 févr.2004, *Air France/KLM*, aff. COMP/M.3280; TPICE 4 juil.2006, *Easy Jet c/ Commission*, aff.T-177/04, Rec.2006, p.II-1931; Déc. Commission, 7 avr.2004, *Air France/Alitalia*, aff. COMP/38.284/D2;

européen<sup>234</sup>. Et l'on pourrait ainsi continuer la liste des usages dont il fait l'objet: qu'il s'agisse de marquer des «différences culturelles», des «styles de vie», ou des «considérations linguistiques», le marché géographique vient au soutien du marché de produits<sup>235</sup>. Dans de rares cas, sa délimitation prime celle du marché de produits. Par exemple, deux villes desservies par un certain nombre de compagnies aériennes constituent un même marché en cause. Non, comme on pourrait le penser, en raison de leur proximité géographique, mais parce que cette délimitation permet de se figurer la concurrence qui s'exerce entre différentes destinations aériennes<sup>236</sup>. L'espace géographique européen peut, lui aussi, circonscrire un marché géographique dans la mesure où il permet de justifier la position dominante d'une entreprise<sup>237</sup>. Dans le même sens, cette délimitation peut être mondiale<sup>238</sup> ou s'étendre au «monde entier à l'exception de la Chine et de l'Europe de l'Est»<sup>239</sup>; elle peut n'être circonscrite qu'aux espaces portuaires ou aéroportuaires<sup>240</sup>. National, régional, paneuropéen, ou mondial, délimitée en raison du contexte réglementaire, ou par référence à un défaut de standardisation à l'échelle européenne, la géométrie variable du marché géographique n'est fonction que de ce qu'elle permet de prouver<sup>241</sup>. Comme le rappelle le Tribunal, le caractère

---

Déc. Commission, 7 nov.1990, *Renault/ Volvo*, IV/M.0004, JO, n° C 281 du 9 nov.1990; Déc. Commission, 5 juin.1997, *Lyonnaise des Eaux c/ Suez*, IV/M. 976, JOCE, n° C 207, du 8 juil.1997, p. 12; Déc. Commission, 17 mai.1995, *CLT/Disney/Super RTL*, IV/M.566, JOCE, n° C 144 du 10 juin. 1995, p.23; Déc. Commission, 21 sept.1998, *Seagram c/ Polygram*, IV/M.219, JOCE, n° C 309 du 9 oct. 1998, p.8

<sup>234</sup> Déc. Commission, *Renault/Volvo*, *op.cit.*

<sup>235</sup> Déc. Commission, 5 nov.1992, *Fortis c/ Caixa*, IV/M.254, JO, n° C 297, du 13 nov. 1992; Déc. Commission, 27 août.2003, *GVG/FS*, aff.COMP/37.685, JO, n° L 11 du 16 janv.2004, p.17-40

<sup>236</sup> Les autorités de concurrence opèrent un tel découpage en tenant compte de «l'origine et de la destination», TPI, 19 mai.1994, *Air France c/ Commission*, aff.T-2/93, Rec.II-p.323; Déc.07-D-39 du 23 nov.2007, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de personnes sur la route Paris-Londres* pt 80; Déc. Commission, 11 févr.2004, *Air France/KLM*, aff. COMP/M.3280 *op.cit.*; Déc. Commission, 7 avr.2004, *Air France/Alitalia*, aff. COMP/38.284/D2

<sup>237</sup> Déc. Commission, 30 nov.1994, *Ciment*, IV/33.126 et 33.322, JO, n° L 343 du 30 déc. 1994, p.1-158; TPI, 17 mai.2001, *AAMS c/ Commission*, aff.T-139/98, Rec.II-p.3413; TPI, 7 oct.1999, *Irish Sugar c/ Commission*, aff.T-228/97, Rec. II-p.2969

<sup>238</sup> TPI, 25 mars. 1999, *Gencor Ltd. c/ Commission*, aff. T-102/96, Rec.1999, p.II-753

<sup>239</sup> CJCE, *Michelin c/ Commission*, *op.cit.*; Déc. Commission, 2 oct.1991, *Aérospatiale-Alenia/ De Haviland*, 91/619/CEE, JO, n° L 334 du 5 déc. 1991, p.42-61

<sup>240</sup> CJCE, 10 déc.1991, *Port de Gênes c/ Commission*, *op.cit.*; TPI, 12 déc.2000, *ADP c/ Commission*, aff.T-128/98, Rec. II-p.3933

<sup>241</sup> Déc. Commission, 30 avr.2003, *UK Limited/T-Mobile UK Limited (UK Network Sharing Agreement)*, 2003/570/CE, JO, n° L 200 du 7 août.2003, p. 59-84; TPICE, 19 juin.2009, *Qualcomm wireless c/ Commission*, aff. T-48/04; Déc. Commission, 13 juil.1992, *Promodès/BRMC*, aff.N IV/M.242, JO, n° C 232 du 10 sept.1992; Déc. Commission, 6 avr.2000, *Carrefour/GRUPO GS*, JO, n° C 134 du 13 mai.2000, p.15; Déc. Commission, 25 janv.2000, *Carrefour/Promodès*, JO, n° C 164 du 14 juin.2000, p.5; Avis 01-A-08 du 5 juin.2001, *relatif à l'acquisition du groupe GTM par la société Vinci*; Déc. 97-D-47 du 11 juin.1997, *relative à des pratiques concernant le marché de l'extension du service des urgences de l'hôpital de Haute-pierre à Strasbourg*; Avis 98-A-06 du 5 mai.1998, *relatif à l'acquisition par la société Casino-Guichard-Perrachon de la société TLC Béatrice Holdings France SA (enseignes Franprix-Leader Price)*; Avis 00-A-11 du 6 juin.2000, *relatif à l'acquisition par la société Assa Abloy France de la société Fichet Serrurerie Bâtiment*

homogène de la concurrence qui s'exerce sur un marché géographique s'entend par référence à une «homogénéité suffisante» ou des «similarités»<sup>242</sup>.

La pratique décisionnelle et la jurisprudence sur le marché en cause paraissent pour le moins déconcertantes. Précisément parce qu'elles ne se plient à aucune systématisation claire ou hiérarchisation prédéfinie. Déterminer la substituabilité d'un produit n'est pas dissociable de la finalité que poursuit l'autorité de la concurrence. La justification qui fonde cette finalité peut ne pas toujours convaincre la Cour. Tout dépend du contexte idéologique dominant<sup>243</sup>. Mais surtout, ce qui conforte l'idée que le marché en cause n'a rien de commun avec le marché pertinent, c'est la référence à l'autorité de précédents<sup>244</sup>. Les canons du discours économique imposent en théorie de définir chaque marché en fonction des circonstances, ce qui implique une évolution de la délimitation dudit marché<sup>245</sup>. Or tel n'est pas ce qui ressort de la jurisprudence et de la pratique décisionnelle des autorités de concurrence.

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par des laboratoires pharmaceutiques, l'Autorité de la concurrence affirme par exemple: «*Selon la pratique décisionnelle du Conseil, illustrée notamment par ses décisions 96-D-12 du 5 mars 1996 "Lilly France" et 03-D-35 du 24 juillet 2003 "Sandoz Novartis", confirmées par la cour d'appel de Paris, les marchés de médicaments sont généralement définis par référence à l'usage thérapeutique. La définition du marché consiste à partir du troisième niveau de classification dite "Anatomical Therapeutic Chemical Classification System (ATC)" regroupant les spécialités selon leurs indications, à analyser la substituabilité du médicament*

---

<sup>242</sup> TPI, 12 juin.1997, *Ladbroke SA c/ Commission*, *op.cit.*

<sup>243</sup> V. Première partie, *infra*.

<sup>244</sup> Par ex, Déc. 07-D-15 du 9 mai.2007, *relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Ile-de-France*; Déc. 07-D-33 du 15 oct.2007, *relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit*, pts.52-67; Déc. 07-D-10 du 28 mars.2007, *relative à une plainte à l'encontre du Comité interprofessionnel du gruyère de Comté*; Déc.07-D-30 du 5 oct.2007, *relative à des pratiques mises en œuvre par la société TDF dans le secteur de la diffusion hertzienne terrestre des services audiovisuels en mode analogique*; Déc. 07-A-01 du 1<sup>er</sup> févr.2007, *relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) portant sur l'analyse des marchés de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles des sociétés Outremer Telecom et St Martin & St Barthélemy Tel Cell dans la zone Antilles Guyane*; Avis 07-A-08 du 27 juil.2007, *relatif à une demande du Conseil d'Etat à propos des tarifs de vente du gaz naturel en distribution publique de Gaz de France*; Avis 07-A-06, 16 juil.2007, *relatif à l'acquisition par la société Cafom du pôle distribution de la société Fincar dans le secteur de la vente d'équipements de la maison*; Déc. 05-D-66 du 5 déc.2005, *relative à la saisine de la SARL AVANTAGE à l'encontre de pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'électronique grand public*; Déc. 08-D-08 du 29 avr.2008, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'édition et de la vente de monographies touristiques*; Déc. Commission du 11 févr.2004, *Air France/KLM*, aff. COMP/M.3280 *op.cit.*; Déc. Commission du 13 févr.2003, *Ascott Group/Goldman Sachs/Orville* aff. M.3068; Déc. Commission du 04 juil.2007, *ACCOR/Pierre et Vacances/Newcity*, JO, n° C 193 du 21 août.2002, p.1; Déc. Commission du 29 mai.2006, *Véolia-BCP/INCM*, aff.NIV/14.4206

<sup>245</sup> J-L. LESQUINS, «Innovation et délimitation des marchés pertinents», *REI*, 1994, p.7-15. Rarement, la Commission modifie la délimitation retenue en raison de contraintes économiques. Pour un ex de décision isolée: Déc.Commission, 14 mars.2000, *Volvo/Scania*, JO L 143 du 29 mai.2001, p.74-132



*du point de vue des prescripteurs pour restreindre le marché pertinent au niveau 4 ou au niveau 5 de la classification ATC»<sup>246</sup>.*

Dans un arrêt relatif aux producteurs de Roquefort, la Cour de cassation juge «*dans son avis du 6 avril 1993 (...) le Conseil, statuant sur la délimitation du marché pertinent sur lequel cette société intervenait, concluait sans équivoque que "malgré leurs caractéristiques propres, il n'apparaît pas que ces deux produits (les bleus et les roqueforts) présentent aux yeux des consommateurs une différence fondamentale quant à leur goût ou à leur prix au point de ne pouvoir être substitués entre eux, qu'en conséquence les marchés des bleus et des roqueforts ne constituent pas deux marchés autonomes"; que bien qu'émis à titre consultatif, cet avis émanant de la principale autorité en matière de concurrence créait un précédent sur la détermination du marché auquel appartenait le roquefort et auquel les producteurs de ce fromage pouvaient légitimement se référer pour régler leur comportement, du moins tant que le marché ne subissait pas de modifications significatives (...)*»<sup>247</sup>.

Il n'est pas rare non plus que les interprètes divergent sur la délimitation du marché en cause. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris prend ses distances d'une délimitation du ministre de l'Économie et des Finances en matière de concentration<sup>248</sup>. Sur renvoi de la Cour de cassation, un autre arrêt de la Cour d'appel critique la délimitation retenue par l'Autorité dans

---

<sup>246</sup> Déc. 05-D-72 du 20 déc.2005, relative à des pratiques mises en œuvre par divers laboratoires dans le secteur des exportations parallèles de médicaments, pt.249. On peut remarquer une nouvelle fois, que le produit pris en compte pour la délimitation du marché n'est pas, comme le suggérerait le concept de substituabilité, apprécié du point de vue du consommateur final.

<sup>247</sup> Cass.com 14.déc.2005, pourvoi n°Y 04-19.541; dans cette affaire, l'Autorité de la concurrence s'appuie sur des décisions de la Commission. Elle indique à cet effet: «(...) Dans le secteur de la presse écrite, les autorités de concurrence distinguent traditionnellement la presse spécialisée grand public, la presse spécialisée technique et professionnelle, la presse gratuite, la presse nationale et la presse régionale. En outre, s'agissant de la presse spécialisée grand public diffusée au niveau national, il ressort de la pratique communautaire et nationale que différents marchés peuvent être segmentés en fonction du contenu éditorial, de la présentation, de la périodicité, de la politique commerciale et des caractéristiques en matière de sexe, d'âge, de catégories socio-professionnelles, de revenus et de domicile des lecteurs. Par analogie avec l'analyse effectuée en matière de presse spécialisée grand public nationale, de telles segmentations peuvent être retenues pour les titres de presse spécialisée à vocation locale (décision de la Commission n° IV/M.665-CEP / Groupe de la Cité ; lettre C. 2002-70 du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 14 octobre 2002 ; lettre C2007-27 du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi du 28 août 2007 et avis n° 07-A-09 du Conseil de la concurrence du 2 août 2007). En outre, pour chacune des catégories de titre de presse», Avis 93-A-13 du 6 juillet 1993, relatif à la prise de participation de la société générale occidentale dans le capital de la société d'exploitation de l'hebdomadaire *Le Point* et Avis 05-A-18 du 11 octobre 2005, relatif à l'acquisition du Pôles Ouest de la société Socpresse et de fonds de commerce de la SEMIF par la société SIPA

<sup>248</sup> CA Paris, 1<sup>re</sup> ch, sect. H, 29 janv.2008, *Le Goff Confort SA*, obs. V. Sélinisky, *RLC*, 2008, n°15; CA Paris, 1<sup>re</sup> ch, sect. H, 4 avr.2006, *Royal Canin*, n° RG: 2006/14057. V. aussi entre le Conseil de la concurrence et la DGCCRF: Avis 07-A-09 du 2 août 2007, relatif à la prise de contrôle conjoint de la société Delaroche par la société L'Est Républicain et la Banque Fédérative du Crédit Mutuel, filiale du Crédit Mutuel Centre Est Europe et la décision du ministre de l'économie et des finances du 11 avr.2007 n°C 2007/21, BOCCRF, du 27 avr.2007. Enfin, entre la Commission et le Ministre de l'Economie et des Finances: Déc. Commission 20 mai.1998, *Pricewaterhouse/ Coopers & Lybrand*, IV/M. 1016, JOCE, 26 févr.1999, n° L 50, p.27; Déc. Commission, 5 sept.2002, *Ernst Young France/Andersen France*, COMP/M.2816; Lettre MEF du 19 nov.2004, *KPMG SA/SRA*.

la décision *Département de la Vendée*. Selon les propres mots de la Cour, la délimitation opérée est totalement «artificielle»<sup>249</sup>. En effet, pour retenir la position dominante de la Régie du département de la Vendée, l'Autorité circonscrit le périmètre du marché au «transport maritime de passagers entre l'île d'Yeu et le continent, au départ des ports de Fromentine, la Fosse et Saint-Gilles Croix de Vie, entre avril et septembre»<sup>250</sup>. Cette segmentation est justifiée en ce que ces deux modes de transports paraissent «suffisamment substituables, du point de vue des «escapadeurs». La Cour d'appel censure ce raisonnement. Elle juge qu'une segmentation déterminée selon les saisons (hiver ou été) omet de tenir compte de la période hivernale qui est en l'espèce la plus difficile pour la navigation. Selon les juges du fond, une telle segmentation aboutit à ne pas tenir compte des missions réalisées par la Régie départementale durant l'hiver: «Que cette segmentation (...) dont on sait qu'elle est fautive puisque l'île accueille des résidents secondaires en toute saison et que réciproquement, les islandais se rendent pour affaire ou pour leurs loisirs toute l'année [sur le continent]». La délimitation de l'Autorité est par conséquent rejetée. Ce qui importe, c'est finalement de voir que le marché en cause demeure une catégorie juridique à part entière. Il reconstitue l'élément matériel à la preuve d'une infraction concurrentielle<sup>251</sup>. D'abord parce que le discours des interprètes se montre rebelle à toute assimilation au marché pertinent; ensuite parce que cette différence s'explique lorsqu'on prend la peine de laisser de côté le discours économique pour aborder le problème sous l'angle classique de la preuve d'une infraction matérielle<sup>252</sup>.

**Conclusion du chapitre 1.** Ce chapitre s'est attaché à démontrer qu'en dépit d'une terminologie économique apparente, les termes d'activité économique et de marché pertinent faisaient l'objet d'une réappropriation singulière par les interprètes. La même démonstration pourrait s'étendre à la qualification de «prix prédateurs», ou de «pratiques concertées». L'activité économique et du marché en cause présentent l'intérêt d'être à la base du droit de la

---

<sup>249</sup> CA Paris, 9 juin.2009, *Sté Vedettes Inter-Iles Vendéennes (VIIV) S.A.RL. c/RDPEV*, n°2008/20337; Déc. n°04-D-79 du 23 déc.2004, *relative à des pratiques mises en œuvre par la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée (RDPEV)*

<sup>250</sup> Déc. 23 déc.2004, *RDPEV, op.cit.*, pts.82-93.

<sup>251</sup> On retrouve le même type de raisonnement dans l'affaire du secteur de jouet: Déc.99-D-45, 30 juin.1999, *relative à des pratiques constatées dans le secteur du jouet*; v., aussi, Cass.com 29 nov.1994, *Comité interprofessionnel des fromages de Cantal*, n°93-10-275

<sup>252</sup> C'est le cas dans l'affaire *Kali&Salz* où la Commission proposait de retenir comme marché pertinent, le marché de la potasse simple alors que précisément cette délimitation paraissait pour le moins arbitraire à première vue; si elle avait été acceptée par la Cour, sans doute, l'issue de l'affaire en aurait été différente. Admettre que le marché à prendre en considération était celui de la potasse simple permettait de justifier la position dominante et sans doute l'effet anticoncurrentiel de l'accord entre «KC» et K+S. La Cour a toutefois rejetée cette délimitation en raison des erreurs matérielles qu'elle comportait: CJCE, 4 mai.1975, *Kali un Salz AG, Kali-Chemie AG/Commission*, aff.jtes 19 et 20/74

concurrence. Sans qualification d'entreprise, qui fonde une règle de compétence, ou celle de marché en cause, il est tout simplement impossible d'aller plus loin dans la démonstration d'une entente ou d'un abus de position dominante. On pourrait rétorquer que le marché en cause est parfois circonscrit sur la base d'études, d'enquêtes économiques, voire économétriques, poussées et que, de façon plus générale, le juge ou l'autorité de la concurrence restent de plus en plus confrontés à la montée en puissance de l'*analyse économique*. Le recours grandissant aux experts constituerait par conséquent, le gage d'une objectivité plus grande. C'est ce thème qu'il nous faut examiner maintenant à travers l'examen des expertises et argumentaires économiques présentés dans le cadre de litiges.

## Chapitre 2: Expertises et argumentaires économiques devant les interprètes

Quelle part prend l'économiste en droit de la concurrence? La question peut être traitée de plusieurs façons. Elle peut être abordée, sous l'angle de savoir quelle part doit prendre l'économiste dans l'interprétation du droit de la concurrence<sup>1</sup>. Cet aspect ne sera pas celui retenu dans les propos qui vont suivre. Ce qui nous intéresse, c'est d'examiner de façon réaliste la part que prend l'économiste ou, plus généralement, le discours économique dans le processus d'interprétation. Et si l'on se place du point de vue des interprètes, on peut d'ores et déjà dire qu'ils relèguent le discours économique dans le monde des faits. Sous ce rapport, l'économiste vient attester une forme particulière de factualité qu'il convient d'aborder plus avant.

Avant toutes choses, il faut circonscrire les domaines dans lesquels le droit des pratiques anticoncurrentielles est poreux au discours des économistes, ce qui revient à soustraire dès à présent les hypothèses dans lesquelles *l'analyse économique* n'a pas droit de cité<sup>2</sup>. Tel est le cas de l'infraction dite par «l'objet» ou *per se*. Par analogie avec le flagrant délit, cette catégorie d'infraction enfreint une situation tellement essentielle qu'il n'est pas besoin d'apporter de preuve supplémentaire à sa démonstration «*l'atteinte portée au marché y est tellement manifeste que l'on peut présumer l'existence d'un effet anticoncurrentiel sans procéder à une analyse poussée du marché*»<sup>3</sup>. L'exemple type est l'accord dont il est prouvé qu'il aboutit à ce qu'une ou plusieurs entreprises se répartissent des parts de marché au niveau de l'Union<sup>4</sup>. En ce qu'il a pour effet de cloisonner les échanges, cet accord aura de fortes

---

<sup>1</sup> M. BRUNT, «Antitrust in the Courts: The Role of Economics and of Economists», *Fordham Corp. L. Inst.*, 1998, B. HAWK (ed.) 1999, p.357-367; C. CAFFARA, J. YSEWY, «Two's company, three's a crowd: the future of collective dominance after the Kali&Salz judgment», *ECLR*, 1998, vol.19, p.468; P. FLORIAN, M. WALKER, «The correct approach to the use of empirical analysis in competition policy», *ECLR*, 2005, vol.26, p.320; M. MOTTA, «EC Merger policy and the Airtours Case», *ECLR*, 2000, vol.21, p.199.

<sup>2</sup> G. MARENCO, «La notion de restriction de concurrence dans le cadre l'interdiction des ententes», in *Mélanges en l'honneur de Michel Waelbroeck*, 1999, p.1217-1245.

<sup>3</sup> Conclusions, V. Trstenjak, sous l'arrêt CJCE, 6 oct.2009, *Glaxosmithkline services e.a c/ Commission*, aff.C-501/06 P, présentées le 30 juin.2009, pt.92; Décision n°10-D-28 du 20 sept.2010, *relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement*. Dans le même sens en droit antitrust: *United States v Topco Associates*, 92 S.Ct 1126 (1972); *Ford Motor Co v. United States*, 92 S.Ct 1142 (1972); *National Society of Professional Engineers v. United States*, 98 S.Ct 1355 (1978).

<sup>4</sup> Par ex: Déc. Commission, 8 janv. 1975, *Conserves de Champignons*, 75/77/CEE, JO, n° 29 du 3 févr.1975, p.26; Déc. Commission, 5 mars.1975, *Sirdard-Phildar*, 75/297/CEE, JO, n° L 125 du 16 avr.1975, p.27; CJCE, 30 juin.1996, *LTM*, aff.C-56/65, Rec.1996, p.I-337; CJCE, 21 sept.2006, *Nederlandse Federative Vereniging*, aff.C-105/04 P, Rec.2006, p.I-8725; Déc.Commission, 11 mars.2008, *Services de déménagements internationaux*, aff. COMP/38.543, JO, n° C 188 du 11 août.2009, p. 16-18; CJCE, 20 nov.2008, *Competition Authority c/ BIDS et BBM*, aff. C-209/07, JO, n° C 6 du 10 janv.2009, p.4; Déc. Commission, 8 juil.2009, *EON c/*

chances d'être jugé anticoncurrentiel de par son objet même<sup>5</sup>. Comme le confirme l'Autorité de la concurrence à ce sujet «(...) la jurisprudence considère que certaines pratiques ont, par nature, un objet anticoncurrentiel; il s'agit d'infractions dites «per se», «patentes». Pour ces pratiques, la simple preuve de la commission des faits suffit, sans qu'il soit besoin de pousser plus loin l'analyse»<sup>6</sup>. N'en déplaie à une certaine représentation savante ou experte du droit de la concurrence, le raisonnement retenu dans ce cas de figure ne diffère en rien du classique syllogisme: des faits, subsumés dans une règle, emportent une conclusion<sup>7</sup>.

Il est cependant des infractions qui, à la différence d'une pratique *per se*, nécessitent un appareil probatoire plus poussé. Le cas type est celui d'une collusion tacite où il est constaté un certain nombre de comportements parallèles sur un oligopole sans pour autant avoir la preuve d'une intention délictueuse manifeste<sup>8</sup>. De quelle façon apprécier de tels comportements? D'aucuns estiment que, dans un contexte d'oligopole, les entreprises sont nécessairement interdépendantes; pour autant, cette interdépendance n'est pas nécessairement le signe d'une collusion tacite. Mais comment faire la part entre une interdépendance caractérisée et une collusion tacite? Là-dessus, plusieurs réponses sont possibles au risque

---

GDF, COMP/39.401; TPICE, 9 juil.2009, *Automobiles Peugeot SA et Peugeot Nederland NV c/ Commission*, aff.T-450/05, Rec.2009, p.II-2533

<sup>5</sup> TPICE, 9 juil.2009, *Peugeot Nederland NV c/ Commission*, aff. T-450/05, *op.cit.*; TPICE, 21 oct.2003, *General Motors Nederland et Opel Nederland c/ Commission*, aff. T-367/00, Rec.2003, p.II-4491; TPICE, 27 sept.2006, *GlaxoSmithkline c/ Commission*, Rec.2006, p.II-1873; CJCE, 20 nov.2008, *Beef Industry Development et Barry Brothers*, aff.C-209/07, Rec.2008, p.I-8637, note L. Idot, *Europe*, 2009, p.113-116; note V. Sélinisky, S. Cholet, *RLC*, 2009, n°18, p.128; note J. Vialens, *Gaz. Pal.*, 2009, p.81-83.

<sup>6</sup> Conseil de la concurrence, *Rapport annuel 2003*, La documentation française, p.58.

<sup>7</sup> On peut se reporter à titre d'exemple, à une décision de la Commission sanctionnant une entente sur le marché de lysine. L'objet anticoncurrentiel de l'entente n'est établi qu'à l'aune d'indices collectés à partir d'enquêtes. Il n'y a sur ce point rien de différent d'avec ce que l'on constate communément par exemple en droit pénal: les faits sont établis puis subsumés dans des règles: Déc. Commission, 7 juin.2000, *Acides aminés*, 2001/418/ CE, COMP/36.545/F3; Déc. Commission, 30 nov.2005, *Armando Álvarez SA, Bernay Film Plastique, Bischof, Klein France SAS, Bischof, Klein GmbH & Co. KG, Bonar Technical Fabrics NV, British Polythene Industries PLC, Cofira-Sac SA, Combipac B.V., Fardem Packaging B.V., FLSmidth & Co. A/S, FLS Plast A/S, Groupe Gascogne, JM Gesellschaft für industrielle Beteiligungen mbH & Co. KGaA, Kendrion N.V., Koninklijke Verpakkingsindustrie Stempfer C.V., Low & Bonar PLC, Nordenia International AG, Nordfolien GmbH, Plásticos Españoles S.A., RKW AG Rheinische Kunststoffwerke, Sachsa Verpackung GmbH, Stempfer B.V., Trioplast Industrier AB, Trioplast Wittenheim SA, UPM-Kymmene Oyj*, COMP/38354, JO, n° L 282 du 26 oct.2007, p.41-46

<sup>8</sup> L'oligopole est la situation dans laquelle, sur un marché, un nombre restreint d'offreurs font face à une multiplicité d'acheteurs. Deux scénarios sont envisageables: soit le marché en question présente de faibles barrières à l'entrée ainsi que des facilités liées à une évolution technologique qui permet de supposer qu'il y a de fortes chances que d'autres concurrents potentiels y accèdent, soit le marché est cloisonné, auquel cas, de fortes présomptions de risques anticoncurrentiels pèseront sur l'oligopole. La plupart des économistes ne sont toutefois pas unanimes sur l'appréciation à apporter à ce type de situation. Pour un aperçu des points de vue sur la question: E. H. CHAMBERLIN, *The Theory of Monopolistic Competition: A Re-orientation of the Theory of Value*, Harv Univ Press, Cambridge, 7<sup>e</sup> ed. 1956; G. STIGLER, «The economists and the problem of monopoly», *Am.Eco.Rev.*, 1982, vol.72, p.39; R. WHISH, B. SURFIN, «Oligopolistic markets and the EC Competition Law», in *Yearbook of European Law volume*, A. BARAV, D. A. WYATT (ed), Oxford Univ Press, 1992, p.59; R. REES, «Tacit collusion», *Oxford Rev. Eco. Policy*, vol.9, 1993, p.27; L. Mc GREGOR, «The future for the control of oligopolies following *Compagnie Maritime Belge*», *ECLR*, 2001, p.442; C. Le BERRE, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Thèse, Paris X, 2006, p.254-332.

souvent de ne se satisfaire que de «certitudes probables»<sup>9</sup>. C'est ici qu'intervient le discours des économistes.

En admettant que la concurrence soit un fait social complexe, l'interprète, qui ne peut se satisfaire de cette complexité, a besoin, pour qualifier une pratique concertée, un abus de position dominante collective ou évaluer l'effet anticoncurrentiel d'une concentration, de s'appuyer sur un cadre factuel, quand bien même ces faits seraient à l'excès simplifiés ou extrapolés. Les modèles se substituent, dans ce cas précis, à l'absence de preuves matérielles classiques: documents, témoignages, enregistrements, etc. Ce qu'apporte en ce sens la modélisation économique, ce sont des faits. Plus exactement, des récits métaphoriques que les interprètes tiennent lieu de faits<sup>10</sup>. Ce sont ces récits que le juge ou l'autorité de la concurrence s'approprient dans le but de comprendre et d'apprécier la légalité de pratiques anticoncurrentielles<sup>11</sup>.

Cette mise en récit de la concurrence facilite la compréhension de l'interprète; mais le plus important, c'est qu'elle colle parfaitement aux contraintes de procédures et de temps qui s'attachent au traitement des litiges<sup>12</sup>. Il convient de le rappeler: l'instrumentalisation du discours économique l'est dans un but répressif<sup>13</sup>. En conséquence, l'utilité d'un modèle s'apprécie toujours au regard d'une intention probatoire sous-jacente. C'est sous cet angle qu'il convient d'aborder l'introduction de *l'analyse économique* dans le processus d'interprétation. Par conséquent, on laissera de côté les controverses théoriques sur la nature de l'oligopole, pour mettre davantage l'accent sur la manière dont les interprètes font usage au quotidien de *l'analyse économique*<sup>14</sup>. Comme en témoigne cet extrait de la jurisprudence

---

<sup>9</sup> N. JALABERT-DOURY, «Les déclarations en droit de la concurrence: la preuve de l'infraction peut-elle se satisfaire de "certitudes probables"??», *Concurrences*, n°2/2005, p.41-47; R. POSNER, «Oligopoly and the antitrust laws: a suggest approach», *Stan. L. Rev.*, 1969, vol.21, p.1592; D. TURNER, «The definition of agreement under the Sherman Act: conscious parallelism and refusal to deal», *Harv.L. Rev.*, 1962, vol.75, p.661-681.

<sup>10</sup> Par ex, concl. Bo Vesterdof, *Rhône Poulenc*, aff.T-1/89, Rec.1991, p.II-867-1033; C. DECKER, *Economics and the Enforcement of European Competition Law*, Edward Elgar, 2009, v. spec, «The contribution of economics to enforcement», p.159-180.

<sup>11</sup> On entendra par métaphore la «signification propre d'un nom à une autre signification, qui ne lui convient qu'en vertu d'une comparaison qui est dans l'esprit», in C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, ed. de l'Université de Bruxelles, 2008, p.534-549; D. McCLOSKEY, «The rhetorics of economics», *JEL*, 1983, vol.21, p.481-517; R. POSNER, *Droit et littérature*, trad. C. Hivet et P. Jouary, PUF, Paris, 1996; C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, ed. de l'Université de Bruxelles, 2008, p.534-549.

<sup>12</sup> V. sur ce point, F. SEUROT, «La fragilité des fondements théoriques des droits de la concurrence», *RRJ*, 1987, n°2, p.583; E. BARBIER De La SERRE, A-L. SIBONY, «Expert evidence before the Courts», *CMLR*, 2008, p.941-985.

<sup>13</sup> Si l'on se place bien entendu du côté des autorités de la concurrence.

<sup>14</sup> Pour un aperçu non exhaustif de cette littérature: J. BERTRAND, «Théorie mathématique de la richesse sociale», *Journal des Savants*, vol.67, 1883, p.499; G. STIGLER, «A theory of oligopoly», *Journ.Political Economy*, vol.72, 1964, p.44; E. J GREEN, R. H. PORTER, «Noncooperative collusion under imperfect price

*Suiker Unie*, «La notion de "pratique concertée" vise une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratiquée entre elles aux risques de la concurrence, coopération aboutissant à des conditions de concurrence qui ne correspondent pas aux conditions normales du marché (...)»<sup>15</sup>

Aussi, convient-il de ne pas se méprendre sur ce que les juges tiennent lieu de «faits» lorsqu'ils se réfèrent à *l'analyse économique*: il s'agit de faits catégorisés comme tels par la volonté de l'interprète. De là naît, en matière de preuve, un genre rhétorique dont font usage tant les interprètes que les requérants<sup>16</sup>. Le propos qui suit a pour ambition d'en approfondir la compréhension à la lumière de l'usage des différents argumentaires économiques ou expertises produites dans le cadre de litiges. Il convient dans un premier temps de montrer la manière dont le discours économique s'institutionnalise comme un fait, ce qui suppose de décortiquer les mécanismes juridiques qui aboutissent à transformer *l'analyse économique*, en discours neutre, objectif et empirique. Autrement dit, d'examiner de plus près le rôle de l'économiste, en tant qu'assistant des parties et en tant qu'expert devant juge (Section 1). Les conséquences de cette observation doivent, dans un second temps, servir à illustrer que l'économie dont il est fait usage dans le cadre du litige est employée comme genre rhétorique et non comme propos scientifique (Section 2).

### ***Section 1: Le discours économique comme discours factuel***

Dans le discours de l'interprète, l'analyse économique s'assimile à quelque chose de factuel. Clarifier le sens de l'expression expertise économique tel qu'il est utilisé en droit de la concurrence est un préalable méthodologique aux développements ultérieurs (§1). À partir

---

information», *Econometria*, 1984, vol.52, p.90; J. TIROLE, *The theory of Industrial organization*, MIT Press, Cambridge, 1988; C. SHAPIRO, «Theories of oligopoly behaviour», in *Handbook of Industrial Organization*, vol.1, R. SCHMALENSE, R. WILIG (eds), Elsevier Science Publishers, Amsterdam, 1989, p.332; A. JACQUEMIN, M. E. SLADE, «Cartels, collusion and horizontal merger», in *Handbook of Industrial Organization*, vol.1, *op.cit.*, p.443; L. S. KARP, J. M. PERLOFF, «Dynamic model of oligopoly in the rice export market», *Rev. Eco and Statistics*, vol.71, 1989, p.462; A. R. DICK, «When are cartels stable contracts?», *JLE*, 1996, vol.39, p.241.

<sup>15</sup> CJCE 16.déc 1975, *Suiker Unie UA et autres/Commission*, aff.jtes, 40 à 48, 50,54 à 56, 111, 113 et 114-73, Rec. 1975, p.1963 pt.26; confirmé par CJCE, *Züchner*, 14.juil. 1981, aff. 172/80, Rec. 1981, p.2021. Pour un raisonnement analogue en droit américain: *United States v. Aluminium Co of America*, 377, U.S, 271 (1964); *United States v. American Tobacco Co*, 221 U.S, 106 (1911); *United States v. Shoes Machinery Corp*, 374, U.S, 521 (1954).

<sup>16</sup> TPICE, 6 juin.2002, *Airtours c/Commission*, aff.T-342/99, Rec.2002, p.II-2585; TPICE, 22 oct.2002, *Schneider Electric c/Commission*, aff.T-310/01, Rec.2002, p.II-4071; TPICE, 15 oct.2002, *Tetra Laval c/Commission*, aff.T-5/02, Rec.2002, p.II-4381

de là, on comprend que les règles de procédure encadrent l'intervention du discours économique de telle sorte qu'elles donnent à l'interprète un pouvoir discrétionnaire sur les faits, dont il n'entend pas se départir. Mais, plus important encore, les règles de procédure influencent sur le fond, le discours économique (§2).

## **Paragraphe 1: Expertise et argumentaire économique**

Le terme «expertise économique» en droit de la concurrence prête à confusion tant l'expression fait l'objet de significations polysémiques (A)<sup>17</sup>. Cette polysémie entretient faussement l'idée que l'interprétation du droit de la concurrence appartiendrait aux experts. Pour cette raison, et afin d'éviter tout amalgame, il faut distinguer d'un côté l'expertise proprement dite de l'argumentaire introduit à l'initiative des parties (B).

### A- Polysémie du terme expertise économique en droit de la concurrence

En droit de la concurrence, le terme d'expertise économique acquiert un sens factuel très large. On parle d'expertise pour désigner, dans un certain contexte, le discours des autorités de concurrence<sup>18</sup>; on parle aussi d'expertise, dès l'instant qu'à la demande des parties, intervient un économiste de profession ou encore dès l'instant qu'il est produit à l'instance, des preuves de nature économique<sup>19</sup>. Enfin, on parle d'expertise pour désigner classiquement l'intervention de l'économiste dans le procès à la demande du juge<sup>20</sup>. On dénombre en conséquence au moins quatre significations possibles de l'expression expertise économique. La confusion est d'autant plus grande que les interprètes emploient indistinctement le terme *analyse économique* pour référer à ces quatre significations

---

<sup>17</sup> Sur cette question: R. POSNER, «The Law and Economics of the Economic Expert witness», *Journ.of Econ.Perspectives*, vol.13, n°2, 1999, p.91-99.

<sup>18</sup> Il s'agissait en l'occurrence des dispositions du règlement du 22 dec.199 sur les restrictions verticales, CA Paris, 1<sup>ère</sup> chbre. Section H, 29 juin. 2004, BOCCRF du 30 sept.2004, p. 625, il est également fait usage du terme «*analyse économique*» cette fois-ci pour rendre compte d'une instrumentalisation particulière du discours de l'autorité de la concurrence par les juges nationaux. A l'instar de certaines juridictions de l'ordre judiciaire, le juge administratif, dans un certain contexte, assimile le discours de l'Autorité de la concurrence à celui d'un «expert».

<sup>19</sup> Par ex, conclusions Y. Bot, 26 mars.2009, sur l'arrêt *Erste Bank der österreichischen Sparkassen c/ Commission*, aff.jtes P, C-133/07, C-135/07, C-137/07; TPICE, 14 déc.2006, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG et autres c/ Commission*, aff.jtes, T-259/02 à T-264/02 et T-271/02, Rec. 2006, p.II-05169; TPICE, 29 avr.2004, *Tokai Carbon Co. Ltd et autres c/ Commission*, aff.jtes T-236/01, T-329/01, T-244/01 à T-246/01, T-251/01 et T-252/01; TPICE, 6 juin.2002, *Airtours plc c/ Commission*, aff. T-342/99, Rec. 2002, p.II-2585; TPICE, 11 mars.1999, *Thyssen Stahl AG c/ Commission*, aff. T-141/94, Rec.1999, p.II-00347; CA Paris, 11 mars.2009, *Bouygues Telecom, SFR, Orange*, BOCCRF, n°7, du 17 juil.2009

<sup>20</sup> CA Paris, 28 sept.1993, *Sté Pont-à-Mousson et Biwater*, BOCCRF, n°16, du 15 oct.1993, p.283



différentes. Par exemple, l'*analyse économique* désigne parfois un moyen de preuve produit par la partie adverse<sup>21</sup>, tantôt l'*appréciation économique* du marché en cause<sup>22</sup>. Elle s'emploie encore pour désigner le rôle des autorités de la concurrence, considérées comme des expertes dans certains contextes; enfin, l'*analyse économique* désigne les services de l'économiste dans le cadre d'une instruction menée par l'autorité de concurrence elle-même<sup>23</sup>.

De cette polysémie, il ressort que le discours économique est assimilé à quelque chose de factuel<sup>24</sup>. Il convient dès à présent de mettre l'accent sur le fait que ce qui se désigne comme «expertise» se comprend, du point de vue des interprètes, comme des moyens de preuve ou des motifs de fait. Derrière l'apparente sophistication des concepts ou des analyses, le terme d'expertise recouvre une réalité des plus classiques. Il peut s'agir de moyens de preuves, autrement dit de «*Faits spécialement allégués par un plaideur pour fonder ou*

---

<sup>21</sup> CA Paris, 1<sup>ère</sup> chbre, 31 oct.1990; CA Paris, 1<sup>ère</sup> chbre, Sect. H, 21 sept.2004, BOCCRF, du 8 nov.2004, p. 727; CA Paris, 31 janv.2006, BOCCRF, du 24 juil.2008, p. 637; CA Paris, 19 juin. 2007, BOCCRF, du 16 nov.2007, p. 1005; Cass.com, 26 nov.2003, n°1656, BOCCRF, du 12 mars.2004, p.175; Cass.com, 22 nov.2005, n°1486, BOCCRF, du 24 juil.2008, p.630; Cass.com, 20 févr.2007, n°351, BOCCRF, du 7 juin.2007, p.765

<sup>21</sup> CA Paris, 1<sup>ère</sup> chbre, 13 juin.1991; CA Paris, 1<sup>ère</sup> chbre, 5 déc.1991; CA Paris, 1<sup>ère</sup> chbre, 8 juil.1992; CA Paris, 10 déc.1992; CA Paris, 28 janv.1997; CA Paris, 27 oct.1998; Cass.com, 21 juin.1994, n°1501; Cass.com, 9 mai.2001, n°910; Cass.com, 10 juil.2008, n°899

<sup>22</sup> CA Paris, 1<sup>ère</sup> chbre, 13 juin.1991; CA Paris, 1<sup>ère</sup> chbre, 5 dec.1991; CA Paris, 1<sup>ère</sup> chbre, 8 juil.1992; CA Paris, 10 déc.1992; CA Paris, 28 janv.1997; CA Paris, 27 oct.1998; Cass.com, 21 juin.1994, n°1501; Cass.com, 9 mai.2001, n°910; Cass.com, 10 juil.2008, n°899. Cass.com, 4 mai.1993, n°767; Cass.com, 29 nov.1994, n°2191; Cass.com, 24 juin.1997, n°1585

<sup>23</sup> L'article L 463-8 du Code de commerce précise à ce propos que: «*Le rapporteur général peut décider de faire appel à des experts en cas de demande formulée à tout moment de l'instruction par le rapporteur ou une partie. Cette décision n'est susceptible d'aucun recours. La mission et le délai imparti à l'expert sont précisés dans la décision qui le désigne. Le déroulement des opérations d'expertise se fait de façon contradictoire (...)*» V. par ex, Déc. 04-D-79 du 23 déc.2004, relative à des pratiques mises en œuvre par la régie départementale des passages d'eau de Vendée (RDPEV), BOCCRF, n° 3, du 31 mars. 2005; Déc. 03-D-43 du 12 sept.2003, relative au respect des injonctions prononcées à l'encontre de la Sté France Télécom par la Cour d'Appel de Paris dans son arrêt du 29 juin. 1999.

<sup>24</sup> Pour une illustration de cette affirmation dans le discours du droit de l'Union: CJCE, 20 avr.2008, *Competition Authority c/ Beef Industry Ltd*, aff.C-209/07, Rec. 2008; CJCE, 1<sup>er</sup> juil.2008, *Chronopost SA et la Poste c/ UFEX et autres*, aff.C-341/06 P et C 342/06 P, Rec. 2008; CJCE, 20 juin.2006, *Showa Denk KK c/ Commission*, aff. C-289/04P, Rec. 2006, p. I-5859; CJCE, 28 mai.1998, *John Deree Ltd*, aff.C-7/95P, Rec. 1998, p.I-311. TPICE, 9 sept.2008, *My Marvel Group plc c/ Commission*, aff.T-212/03, Rec. 2008; TPICE, 11 juil. 2007, *Alosa Company Ltd c/ Commission*, aff.T-170/06, Rec. 2007, p. II-2601; TPICE, 11 juil.2007, *Schneider Electric SA c/ Commission*, aff.T-351/03, Rec.2007, p.II-2237; TPICE, 26 avr.2007, *Bolloré SA c/ Commission*, aff.T-109, 118, 122, 125, 126, 128, 129, 132, 136/02, Rec. 2007, p.II-947; TPICE, 30 janv.2007, *France Telecom SA c/ Commission*, aff.T-340/03, Rec.2007, p.II-107; TPICE, 27 sept.2006, *Acide Citrique*, aff.T-59/02, Rec. 2006, p.II-3627; TPICE, 2 mai.2006, *02 Germany Gmbh c/ Commission*, aff.T-282/02, Rec. 2006, p. II-1231; TPICE, 23 févr.2006, *Cementbow Handel c/ Commission*, aff.T-282/02, Rec. 2006, p. II-319; TPICE, 14 dec.2005, *General Electric c/ Commission*, aff. T-210/01, Rec. 2005, p. II-5575; TPICE, 3 avr. 2003, *Petrolessence SA et SA SG2R c/ Commission*, aff.T-342/00, Rec. 2003, p.I-1161; TPICE, *Schneider Electric c/ Commission*, aff. T-342/99, Rec. 2002, p.II-2585; TPICE, 15 dec. 1999, *Kesko Oy*, aff. T-22/97, Rec. 1999, p.II-3775; TPICE, 12 dec.1996, *Groupement d'achat E. Leclerc c/ Commission*, aff. T-88/92, Rec. 1996, p.II-1961; TPI, 10 mars 1992, «*Verre plat*», aff.jtes, T-68/89, T-77/89, 79/89, Rec. 1992, p.II-1403; TPI, 17 déc.1991, *DSM c/ Commission*, aff. T-8/89, Rec. 1991, p.II-1833. Sur cette question, v., C. CHAMPAUD, «Les caractères du droit de la concurrence», *JCP*, fasc.30, 1991, n°79; P. COPPENS, «Remarques épistémologiques sur l'utilisation des concepts économiques en droit», in *Le droit au défit de l'économie*, (dir.) Y. CHAPUT, Publications de la Sorbonne, 2002, p.207-221.

*critiquer une prétention (...)*<sup>25</sup> tout comme il peut s'agir de motifs de faits, par opposition aux motifs de pur droit, c'est-à-dire de «*considération de fait sur laquelle s'appuie le raisonnement du juge; élément de motivation qui dans la décision de justice est fondée sur la constatation des faits*»<sup>26</sup>. Cette distinction permet d'introduire une césure plus fine entre argumentaire et expertise économique.

## B- L'intérêt d'une distinction argumentaire/expertise économique

Dans un souci de clarification, il faut introduire une distinction catégorielle entre ce qui relève de l'argumentaire économique d'une part et, d'autre part, de l'expertise économique proprement dite. Par expertise économique, il faut entendre, à l'instar d'une procédure d'expertise ordinaire, «*une mesure d'instruction décidée par le juge en vue d'être éclairé sur des faits*»<sup>27</sup>. Autrement dit, une règle de procédure au moyen de laquelle le juge décide, de façon discrétionnaire, de mandater les services d'un expert ou d'un technicien dans le cadre de l'instance lorsqu'il estime ne pas être en mesure d'être suffisamment éclairé sur les faits allégués par les parties.

Différemment, il faut entendre l'argumentaire économique, par analogie à un moyen de preuve ordinaire, comme des «*Faits spécialement allégués par un plaideur pour fonder ou critiquer une prétention (...)*»<sup>28</sup>. Dans les deux cas, il s'agit de moyens probatoires. Sur la forme tout au moins, notre césure dissocie l'intervention de l'économiste selon qu'elle procède de l'initiative du juge ou qu'elle émane au contraire des parties. Sans aller jusqu'à dire que le discours économique prend une connotation plus neutre chez l'un ou l'autre de ces acteurs<sup>29</sup>, notre distinction singularise le fait qu'à l'initiative du juge, un tiers apporte une vérité extérieure qui s'impose à celle des parties. L'argumentaire économique n'a donc rien de neutre; si l'on entend neutre comme quelque chose d'extérieur au litige ou même scientifique. Convenons, cela étant, de désigner par expertise économique la mesure

---

<sup>25</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2009, p.601.

<sup>26</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*, p.400; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 6<sup>e</sup> ed. 2009, p.373-378.

<sup>27</sup> Art. 232 à 248 et 263 du NCPC, R 621-1 à R 621-4 CJA; v. en ce sens, A. MONGO, *L'expertise et autres mesures d'instruction en contentieux administratif*, Thèse, Tours, 2000; J-P. PASTOREL, *L'expertise dans le contentieux administratif: contribution à l'étude comparative de l'expertise en contentieux administratif et en procédure civile*, LGDJ, 1994.

<sup>28</sup> G. CORNU, *op.cit.*

<sup>29</sup> V. développements infra.

d'instruction censée éclairer le juge sur les faits d'un litige, et par argumentaire économique, les moyens de preuves avancés devant le juge à l'initiative des parties<sup>30</sup>.

Le régime des dépens en droit de la concurrence traduit le fait que derrière l'emploi générique d'*expertise* ou d'*analyse économique*, le juge assimile l'argumentaire économique à un simple moyen de preuve. C'est ce qui ressort de contentieux qui font suite à des appréciations économiques complexes où, la partie ayant succombé au principal est tenue d'honorer les dépens effectués par la partie adverse. Le Tribunal juge à cet égard que seules les «expertises»<sup>31</sup>, «indispensables» et «objectivement nécessaires» au litige, c'est-à-dire celles produites en vue de répondre aux moyens de preuves avancés par la partie adverse, doivent être couvertes par les dépens<sup>32</sup>. Partant, le fait de mobiliser témoignages ou discours d'économistes ne modifie en rien la lutte de sens que se livrent les parties pour obtenir gain de cause devant les juges. Ces quelques nuances méritent, à titre liminaire, d'être introduites afin d'éviter de confondre la présence d'économistes à la demande des parties et celle mandatée au titre d'une mesure d'instruction. Il faut alors constater que l'argumentaire économique est davantage utilisé que l'expertise en droit de la concurrence. Et ce n'est sans doute pas un hasard comme se propose de le démontrer le paragraphe qui va suivre.

## **Paragraphe 2: L'influence de la procédure sur le discours économique**

Le droit de la concurrence conditionne l'intervention de l'économiste à un certain nombre de conditions procédurales qui aboutissent à reléguer son discours dans le monde de la factualité (A). De plus, les règles procédurales imposent à l'économiste une contrainte telle que son discours perd en scientificité pour gagner en séduction rhétorique (B).

### A- La transformation du discours économique en factualité

Expertises et argumentaires économiques obéissent en droit de la concurrence, à un principe de liberté probatoire: sous réserve que soit respecté le principe du contradictoire, les

---

<sup>30</sup> Ce qui fait entrer dans cette dernière catégorie, les procédures utilisées par l'Autorité de la concurrence pour faire appel à l'expert au regard de l'article L. 463-8 du Code de commerce.

<sup>31</sup> Synonymes ici d'argumentaires économiques.

<sup>32</sup> TPICE ord, 19 déc.2006, *DEP, WestLB AG c/ Commission*, aff.T-228/99, obs. A-L. Sibony, «De l'expertise économique devant le juge communautaire», *RLC*, n°11, 2007, p.83-85; TPICE ord, 29 oct.2004, *DEP Schneider Electric c/ Commission*, aff. T-310/00 et T-77/02, non publiées au recueil, *RLC* 2005/1, n° 75.

parties sont libres de faire appel au moyen de preuve de leur choix<sup>33</sup>. Cette liberté leur laisse une grande latitude dans l'élaboration de leurs stratégies probatoires, de même qu'elle donne au juge et aux autorités administratives, un pouvoir d'appréciation étendu sur les preuves qui leur sont soumises<sup>34</sup>. Les propos qui suivent ambitionnent de montrer la manière dont les règles de procédure parviennent à assimiler le discours économique à un discours factuel. On exposera dans un premier temps le régime procédural auquel obéissent expertises et argumentaires dans le cadre de l'instance (a), avant de s'attarder, dans un second temps, sur les dispositions qui permettent l'admission d'argumentaires économiques devant les autorités administratives (b).

#### a- Argumentaires et expertises dans le cadre de l'instance

Les règles de procédure déterminent en grande partie le discours de l'économiste dans le processus d'interprétation. L'expertise, qu'il s'agisse du droit européen ou national, obéit à quatre grands principes directeurs. En premier lieu seul le juge dispose du pouvoir de recourir ou non à l'expert. Il n'est, en second lieu, pas lié par le rapport d'expertise<sup>35</sup>; il en résulte en troisième lieu, qu'il est libre de s'en approprier le sens afin de justifier l'interprétation d'une décision<sup>36</sup>. Enfin, les conclusions de l'expert doivent être soumises aux exigences du procès équitable de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après *Conv.EDH*) s'agissant plus précisément du principe du contradictoire<sup>37</sup>. Ainsi, les parties peuvent-elles, durant la phase de préparation du rapport, faire un certain nombre d'observations sur le point de vue adopté par l'expert<sup>38</sup>.

---

<sup>33</sup> J. LEONNET, «Réflexions sur le droit de la preuve en matière de concurrence et de réglementation économique», *CCC*, 1994, comm. n°1; E. CLAUDEL, «La processualisation du droit de la concurrence», in G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, 2006, p.285-313.

<sup>34</sup> CJCE 16 déc.1975, *Suiker Unie UA et autres/Commission*, aff.jtes, 40 à 48, 50,54 à 56, 111, 113 et 114-73, Rec.1975, p.1963; TPI, 24 oct.1991, *Rhône Poulenc c/Commission*, aff. T-1/89, Rec.1991, p.II-867; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé, op.cit.*, p.377-378.

<sup>35</sup> CA Paris, 7 mai.1997, *Sté Pont-à-Mousson et Sté Biwater*, BOCCRF, n°11, 11 juin.1997, p.407; Cass.com, 18 mai.1999, BOCCRF, n°16 du 26 sept.1999, p.529

<sup>36</sup> D. BOURCIER, M. De BONIS, *Les paradoxes de l'expertise, savoir ou juger?* Institut Synthélabo pour le progrès de la connaissance, coll. «Les empêcheurs de tourner en rond», 1999.

<sup>37</sup> CEDH, 18 mars.1997, n°2149/93, *Mantovanelli c/ France*, note H. Muscat, J-P. Marguenaud, *AJDA*, 1999, p.173; CEDH, 20 févr.1996, *Vermeulen c/ Belgique*, Rec. 1996-I, §33; CEDH, 18 févr.1997, *Nideröst-Huber c. Suisse*, Rec.1997-I; CEDH, 6 juin.2000, *Morel c/ France*, Rec.2000-VI, §27; TPICE, 25 oct.2002, *Tetra Laval c/Commission*, aff.T-5/02, Rec.p.II-4381. Pour une discussion sur l'expertise au regard du droit de la Conv.EDH: M-A. FRISON-ROCHE, D. MAZEAUD, *L'expertise*, Dalloz, 1995, spéc. S. GUINCHARD, «L'expertise et le jugement», p.69-81; O. LECLERC, *Le juge et l'expert, contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, 2005.

<sup>38</sup> CJCE, 10 avr.2003, *Steffensen*, aff.C-276/01, Rec.2003, p.I-3019, concl. C. Stix-Hackl, présentées, le 22 oct.2002

L'expertise en droit de la concurrence ne diffère pas fondamentalement des principes directeurs de droit commun exposés à l'instant<sup>39</sup>. Comme l'indique l'article 45§1 règlement de procédure de la Cour de justice: «*La Cour, l'avocat général entendu, fixe les mesures qu'elle juge convenir par voie d'ordonnance articulant les faits à prouver. Avant que la Cour décide les mesures d'instruction visées au paragraphe 2 c), d) et e), les parties sont entendues (...)*»<sup>40</sup>. L'article 49§1 à 6 précise, s'agissant de l'expert: «*La Cour peut ordonner une expertise. L'ordonnance qui nomme l'expert précise la mission de celui-ci et lui fixe un délai pour la présentation de son rapport. L'expert reçoit copie de l'ordonnance, ainsi que toutes les pièces nécessaires à sa mission. Il est placé sous le contrôle du juge rapporteur, qui peut assister aux opérations d'expertise et est tenu au courant du déroulement de la mission confiée à l'expert (...) L'expert ne peut donner son avis que sur les points qui lui sont expressément soumis.*»

Puisqu'il dispose du monopole d'initier l'expertise, le juge est au cœur de cette mesure d'instruction<sup>41</sup>; il peut donc limiter ou étendre la mission de l'expert. En pratique, on note que cette procédure a été utilisée par trois fois en droit de la concurrence: à deux reprises par la Cour de justice et une fois devant le Tribunal<sup>42</sup>. À chaque fois, le recours à l'expert s'est justifié par la contrariété des argumentaires économiques en présence. Alors même que le droit de la concurrence semble de plus en plus poreux à l'analyse économique, on ne peut manquer de relever le paradoxe selon lequel le juge ne recourt que très rarement à l'expertise<sup>43</sup>. Le constat est également valable concernant le droit national<sup>44</sup>. L'affaire *Sté*

<sup>39</sup> La seule différence, au demeurant très faible, réside en ceci que, tandis qu'en droit français le choix de l'expert peut, de manière facultative, se faire sur une liste prévue à cet effet, les dispositions communautaires restent silencieuses sur ce point.

<sup>40</sup> Règlement de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes du 19 juin.1991 (JO, n° L 176 du 4.7.1991, p. 7, et JO, n° L 383 du 29.12.1992) et règlement additionnel du 4 déc.1974, (JO, n° L 350 du 28.12.1974, p.29), avec modifications du 11 mars 1997 (JO, n° L 103 du 19.4.1997, p.4) et du 21 février 2006 (JO, n° L 72 du 11.3.2006, p.1), modifiés successivement au 13 janv.2009 (JO, n° L 24 du 28.01.2009, p.8)

<sup>41</sup> Il est déjà arrivé que le juge refuse de faire droit à une demande d'expertise: CJCE, 6 mars.1974, *Comercial Solvents c/Commission*, aff. 7/73, Rec.1974, p.223; TPICE, *Shell c/Commission*, aff.T-11/89, Rec.1992, p.II-757, in A-L. SIBONY, E. BARBIER De La SERRE, «Expert evidence before the EC Courts», *CMLR*, 2008, p.941-985, *op.cit.*

<sup>42</sup> CJCE, 14 juil.1972, *ICI/Commission*, aff.48, 49 et 51-59/69; CJCE 31 mars.1993, *Alhström e.a./Commission*, aff.89, 104, 114, 116, 117, 125, 129/85; TPI, 27 oct.1994, *Deree c/ Commission*, aff. T-35/92, Rec.1994, p.II-957, note J-B. Blaise, C. Robin-Delaine, *Rev.aff.eur.*, 1994, n°4, p.131-132; note L. Idot, *Europe*, déc.1994, comm. n°470, p.16; note F. Levêque, «Echanges d'informations: faut-il bâillonner tous les oligopoleurs? La jurisprudence Deere vue par un économiste», *Concurrences*, 2006, n°3, p.33-37.

<sup>43</sup> V. sur cette question, développements supra.

<sup>44</sup> D. FASQUELLE, «Les dommages et intérêts en matière anticoncurrentielle», *RCC*, 2000, p.14-30; M. NUSSENBAUM, «Le rôle de l'expert économique», *RJCom*, nov. 2002, p.112-128; M. NUSSENBAUM, «Les difficultés de l'expertise en matière de pratiques anticoncurrentielles», *LPA*, n°14, 20 janv.2005, p.37-45; J-L. LESQUINS, «L'établissement des pratiques anticoncurrentielles dans le procès civil», *LPA*, 21 janv.2005, p.17-21; S. POILLOT PERUZZETO, «Le juge de droit commun, juge de la concurrence: réalité des obstacles et adéquation des pouvoirs», in *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles: le*

*Pont-à-Mousson* est l'une des rares où la Cour d'appel de Paris a mandaté les services d'un expert en vue de délimiter un marché en cause. Face aux argumentaires de l'Autorité de la concurrence qui délimitaient le marché en cause aux «*canalisations en fonte ductile d'un diamètre inférieur à 151 mm et destinées à l'adduction d'eau et à l'irrigation de ces équipements*», la société pour *Pont-à-Mousson* alléguait d'une délimitation plus large. Le ministre de l'Économie et des Finances, se rangeant du côté de l'entreprise requérante, suggère de mandater une procédure d'expertise. Sur quoi la Cour sursoit à statuer et ordonne une mesure d'expertise avec pour mission de déterminer le caractère substituable des produits retenus afin de délimiter le marché en cause<sup>45</sup>.

Le plus important est de remarquer que la Cour crée, de façon prétorienne, une procédure d'expertise qui n'est guère différente de celle du droit commun<sup>46</sup>. Le dire de l'économiste reste, quoi qu'il en soit, enserré dans la gangue de la factualité, soit par le biais d'une procédure d'expertise traditionnelle, soit encore par la subsumption de ce dire sous la catégorie de moyen probatoire. Dans les deux cas, le pouvoir discrétionnaire de l'interprète sur l'appréciation des faits n'en est que plus grand. Il reste qu'en pratique, le recours à l'expertise demeure peu fréquent; ce n'est pourtant pas faute d'être sollicité par les parties<sup>47</sup>.

Qu'en est-il maintenant des argumentaires économiques? D'un point de vue général, ils restent tributaires de la charge de la preuve: «*Dans toutes les procédures nationales et communautaires d'application des articles 81 et 82 du traité, la charge de la preuve d'une violation de l'article 81, paragraphe 1, ou de l'article 82 du traité incombe à la partie ou à l'autorité qui l'allègue. En revanche, il incombe à l'entreprise ou à l'association d'entreprises qui invoque le bénéfice des dispositions de l'article 81, paragraphe 3, du traité d'apporter la*

---

*règlement 1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses?* Bruylant, 2006, p.103-133. Pour une illustration d'un arrêt mobilisant, à la demande du juge, les services d'un expert: CA Paris, 30 sept.1998, *SA Mors c/ SA Labinal*. Signalons qu'il n'est prévu nulle part dans le code de commerce, de dispositions spécifiques à la désignation d'experts en matière de pratiques anticoncurrentielles. Seule l'Autorité nationale de concurrence, par un article spécifique, en l'occurrence le L 463-8 dispose de cette faculté expresse: «*Le rapporteur général peut décider de faire appel à des experts en cas de demande formulée à tout moment de l'instruction par le rapporteur ou une partie. Cette décision n'est susceptible d'aucun recours.*» Pour une application de cette disposition: CA Paris, 28 juin.2005, *VIIIV*, BOCCRF, 2005, n°9 du vendredi 28 oct.2005, p.824

<sup>45</sup> CA Paris, 28 sept.1993, *Sté Pont-à-Mousson*, BOSP, n°16, du 15 oct.1993; CA Paris, 13 juin.2001.

<sup>46</sup> Par procédure de droit commun, il faut entendre le régime usuel de l'expertise: liberté du juge de mandater une expertise; faculté pour le juge de s'inspirer du rapport de l'expert. On peut aussi noter qu'il est proposé au juge (bien qu'il ne soit obligé d'y recourir forcément), une liste d'experts sélectionnés préalablement selon des procédures particulières. Enfin, l'exécution de l'opération d'expertise est soumise au principe du contradictoire (convocation des parties aux opérations d'expertises R.621-7 CJA). Ces éléments communs ne signifient pas qu'il n'existe pas de légères différences selon les procédures: O. LECLERC, *Le juge et l'expert, op.cit.*, p.312-328.

<sup>47</sup> CA Paris, 30 janv.2007, *S.A. LE FOLL TP et autres*, n°06/00566; CA Paris, 7 nov.2006, *CHANED*, n°2006/00570; CA Paris, 31 janv.2006, *Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne, (NMPP)*, BOCCRF, n°6, 24 juil.2008, p.637. Sur les raisons de ce faible recours à l'expertise: v., développements supra B.

*preuve que les conditions de ce paragraphe sont remplies*»<sup>48</sup>. Dit autrement, le jeu de la preuve commande aux parties de répondre aux argumentaires formulés par la Commission. Le régime de l'admission de l'économiste dans ce cadre paraît moins clair<sup>49</sup>: «*L'économiste peut intervenir tant dans la préparation du procès qu'au cours du procès. Il peut être précepteur de l'avocat, l'assister dans le traitement des données quantitatives, participer pleinement au choix de l'argumentation ou encore témoigner à l'audience*»<sup>50</sup>.

Comme le note A-L. Sibony, l'économiste est en pratique fréquemment entendu de façon informelle. Durant le déroulement de la phase orale, c'est à titre de témoin et sur demande des parties qu'il est appelé devant le juge. Ces dispositions sont prévues à l'article 47§1 à 6 du règlement de procédure de la Cour. Par une analogie factice, les règles de procédure font de l'économiste un témoin. En effet, les textes ne prévoient pas de régime spécifique quant à son statut à l'instance. Il en résulte en pratique que l'économiste est entendu sous la supervision du conseil ou de l'agent d'une des parties<sup>51</sup>. Une interprétation extensive permet cependant d'assimiler son rôle à celui d'un témoin cité en vue d'asserter des faits. C'est là pourtant, il convient de le noter, un artifice qui passe sous silence le fait de savoir si, d'une part, l'économiste peut réellement être assimilé à un témoin et, d'autre part, s'il asserte des faits et non des appréciations. Mais il faut bien comprendre que cet artifice, s'il ne peut satisfaire l'observateur, permet, dans le contexte de l'instance, de transformer le dire de l'expert en fait objectif.

#### b- L'argumentaire économique durant la phase administrative

En ce qui concerne les conditions du recours aux experts par ses services, la Commission<sup>52</sup> a, pour sa part, publié une communication faisant état d'un certain nombre de bonnes pratiques allant de la qualité à l'ouverture, la transparence ou l'efficacité<sup>53</sup>. Sur le

---

<sup>48</sup> Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 déc.2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité

<sup>49</sup> Déc. Commission, 22 juil.1992, *Nestlé/ Perrier*, 92/553/CEE, aff. IV/M.190; CJCE, 14 juil.1972, *ICI/Commission*, aff.8/69; CJCE 31 mars.1993, *Alhström e.a/Commission*, aff. 125 à 129/85, Rec.1993, p.I-1307; TPICE *Impala/Commission*, T-464/04, *op.cit*; CA Paris, 19 juin.2007, *Sté Philips France, Sté Sony, Sté Panasonic*, *op.cit*; TPICE, 6 juin.2002, *Airtours/Commission*, aff.T-342/99; TPICE 22 oct.2002, *Schneider Electric/Commission*, T-313/01; TPICE, 25 oct.2002, *Tetra Laval/Commission*, T-5/02; TPICE, 14 déc.2005, *General Electric c/ Commission*, aff.T-210/01, Rec.2005, p.II-5575

<sup>50</sup> A-L. SIBONY, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, *op.cit*, p.546.

<sup>51</sup> A-L. SIBONY, E. BARBIER De La SERRE, «Expert evidence before the EC Courts», *op.cit*, p.965.

<sup>52</sup> L-H. RÖLLER, P. A. BUIGES, «The office of the Chief Competition Economist at the european Commission», mai.2005, [http://ec.europa.eu/competition/index\\_fr.html](http://ec.europa.eu/competition/index_fr.html)

<sup>53</sup> Communication de la Commission sur l'obtention et l'utilisation d'expertise par la Commission: principes et lignes directrices, Bruxelles, le 11 déc.2002, COM (2002) final, p.1-21.

modèle du règlement de procédure de la Cour, le déroulement de la phase administrative admet l'intervention de preuves au soutien des arguments des parties<sup>54</sup>. Outre l'ouverture d'enquête vient la phase de notification des griefs<sup>55</sup>, laquelle a pour but d'exposer aux parties les charges dont elles sont susceptibles de faire l'objet. À partir de là, les parties disposent de la faculté de répondre à la Commission. Le principe de libre appréciation de la preuve joue une fois de plus ici encore.

En effet, le point de vue des parties doit s'accompagner de preuves «*attestant les faits exposés*»<sup>56</sup>. La nature de ces preuves est soit écrite, soit orale. Dans le cas où ces preuves sont de nature orale, les parties «*peuvent proposer que la Commission entende des personnes susceptibles de corroborer les faits exposés dans leurs observations*». Si les parties en font la demande écrite, ces observations peuvent se prolonger sous la supervision d'un conseiller-auditeur, dans le cadre d'une audition. La Commission ne peut de son côté, durant cette phase administrative, faire témoigner à sa décharge un économiste dans la mesure où elle n'est pas partie à l'instance<sup>57</sup>. Les services d'instruction sont toutefois en mesure de contourner cet écueil en commandant, pour le besoin de l'enquête, rapports, études statistiques, économiques ou économétriques auprès d'instituts sous forme de documents écrits<sup>58</sup>. De telles obligations donnent parfois naissance à des contentieux.

C'est ce qu'illustre la décision *Glaxosmithkline* par laquelle l'entreprise *Glaxo* contestait durant la phase d'instruction, l'intervention d'un économiste employé à la demande de l'Autorité de la concurrence. Cet économiste était chargé de donner son avis sur l'étude économique produite par l'entreprise requérante publiée dans la *Revue d'économie industrielle*. Ce qui en l'espèce était récusé par *Glaxo*, était la partialité de l'économiste interrogé au regard de ses travaux antérieurs, lesquels se trouvaient être en porte-à-faux avec l'étude citée par *Glaxo* comme moyen de preuve. Le moyen est toutefois écarté par l'Autorité au motif que l'économiste interrogé s'est strictement contenté, dans le cadre de l'instruction, de donner un avis sur une «étude publique» sans rapport avec la procédure d'instruction. De

---

<sup>54</sup> Règlement CE n°773/2004 de la Commission du 7 avr.2004, relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE; D. BARTHE, *La situation de l'entreprise victime d'une pratique anticoncurrentielle devant les autorités de concurrence*, PUAM, 2000.

<sup>55</sup> D. BARTHE, *op.cit.*, p.240-244.

<sup>56</sup> Article 10 du règlement du 7 avr.2004, *op.cit.*

<sup>57</sup> Sur cette question procédurale, v., conclusions Bo Vesterdof, sous TPI, 24 oct.1991, *Rhône-Poulenc e.a c/Commission*, aff.T-1/89, Rec.p.II-954-957

<sup>58</sup> En ce sens, Déc. Commission, 19 déc.1984, *Pâte de Bois*, 85/202/CEE, JO, n° L 085 du 26 mars.1985 p.1-52; Déc. Commission, 23 avr.1986, *Polypropène*, 86/398/CEE, JO, n° L 230 du 18 août.1986, p.1-66; Déc. Commission, 5 déc.2001, *La Poste*, COMP/37.859, JO, n° L 061 du 2 mars.2002 p.32 -53



là, son intervention ne doit d'aucune façon être associée à la phase procédurale, laquelle a pleinement respecté les exigences du contradictoire<sup>59</sup>.

Bien qu'abondante, la production d'argumentaires économiques n'en reste pas moins, dans une certaine mesure, tributaire de l'appréciation souveraine des autorités de la concurrence. Comme l'indiquent ces extraits d'une décision de la Commission s'agissant d'études économétriques, il s'agit d' «(...) *une preuve empirique*»<sup>60</sup>. On peut sans conteste en conclure que, devant le juge ou les autorités de concurrence, le dire de l'économiste s'assimile à un fait: qu'il s'agisse d'études économétriques, de modèles, d'études statistiques, d'enquêtes, etc., les règles de procédure participent très activement à la réalisation de cet état des choses. Mais sur le fond, l'usage de ce dire ne semble pas relever d'une solidité très grande aux yeux des interprètes.

## B- Le discours de l'économiste et ses contraintes

Qu'il soit mandaté durant la phase d'expertise ou sur demande des parties, le discours de l'expert n'est pas neutre d'un point de vue axiologique: ce sont les normes qui le font passer pour neutre. Le regard que porte l'expert sur le réel, les catégories qu'il emploie pour l'interpréter influencent grandement le juge. Ces nuances font du discours de l'expert un genre rhétorique singulier dans le processus de qualification (a). Une fois ce cadre théorique posé, il est alors possible de l'appliquer plus spécifiquement au rôle de l'économiste dans le procès ou devant l'autorité de la concurrence (b).

### a- La fausse neutralité du discours de l'expert

Que l'argumentaire économique relève de la partialité ne soulève aucune difficulté majeure de compréhension: l'économiste intervient ici comme «témoin» à la décharge des parties. Que l'économiste intervienne en revanche sur demande du juge peut soulever pour un juriste quelques difficultés d'ordre conceptuelle dans la mesure où on a coutume d'assimiler le dire de l'expert à un propos neutre et objectif. La représentation traditionnelle selon laquelle l'expert n'intervient que pour éclairer la connaissance factuelle du juge et non pour

---

<sup>59</sup> Déc. 07-D-09 du 14 mars.2007, *relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire GlaxoSmithKline France*, note B. Cheynel, *RLC*, 7/2007.

<sup>60</sup> Déc. Commission, 2 sept.2003, *GE/Instrumentarium*, 2004/322/CE, JO, n° L 09 du 16 avr.2004 p.1-63

s'immiscer dans l'opération de qualification reste encore très influente<sup>61</sup>. L'expertise véhicule l'idée qu'il existe, au sein processus de qualification, deux mondes radicalement distincts: celui du «droit» et celui des «faits». Cette représentation reste elle-même tributaire d'une conception par trop formaliste du syllogisme judiciaire<sup>62</sup>.

Soit l'énoncé, «*tous les voleurs doivent être punis*», puis le constat que «*Pierre entre dans la catégorie de voleur*», le syllogisme commande la solution: «*Pierre doit être puni*». Pour aboutir à ce résultat, la mineure du syllogisme «*Pierre est voleur*» est présumée objective: je pose le constat que Pierre est voleur. Cette objectivité qui s'impose aux faits et qui n'est pas questionnée plus avant rejaillit sur la représentation qui s'attache à la procédure d'expertise. Depuis maintenant quelques années, plusieurs travaux remettent en question cette vision classique<sup>63</sup>. Pour objectif qu'il paraisse, l'avis de l'expert n'est pas neutre: «*Le jugement de fait repose sur une double opération intellectuelle: d'une part, l'appréhension du fait est une «œuvre délibérée» reposant sur une sélection d'éléments «pertinents» (au regard de la règle de droit recevant application) parmi les faits donnés, et, d'autre part, les «faits matériels bruts» sont eux-mêmes appréhendés au moyen de catégories intermédiaires, puisées dans le droit et, plus généralement, dans le langage courant*»<sup>64</sup>. Sa position d'extériorité lui donne certes une fonction d'autorité scientifique; pour autant, elle ne fait pas de lui un scientifique à part entière. Pour le dire succinctement, l'expert donne son point de vue sur l'interprétation des faits utiles à la prise de décision de l'interprète. L'autorité scientifique dont il jouit de par les règles procédurales, ou sa procédure de sélection, fait de son opinion, une vérité contextuelle au litige.

En prenant pour appui les travaux récents, nous ferons l'hypothèse pour la suite du propos, que la part que prend l'expert dans le jugement ne relève pas de la simple neutralité

---

<sup>61</sup> M-A FRISON-ROCHE, D. MAZEAUD, *L'expertise, op.cit.*, p.3-7; S. GUINCHARD, «L'expert judiciaire civil: l'expert, le juge et les parties», p.69-81.

<sup>62</sup> Pour un point de vue formaliste: R. POSNER, «The Law and Economics of the Economic Expert witness», *Journ.of Economic.Perspectives*, vol. 13, n°2, 1999, p.91-99.

<sup>63</sup> D. BOURCIER, M. De BONIS, *Les paradoxes de l'expertise, savoir ou juger?* Institut Synthélabo pour le progrès de la connaissance, coll. «Les empêcheurs de tourner en rond», 1999; L. DUMOULIN, *L'expert dans la justice: de la genèse d'une figure à ses usages*, Economica, 2007; G. EDMOND, D. MERCER, «Experts and expertise in legal and regulatory settings», in *Expertise in Regulation and Law*, ed. Ashgate, 2004, p.1-30; M-A. FRISON-ROCHE, «La procédure d'expertise», in *L'expertise, op.cit.*, 1995, O. LECLERC, *Le juge et l'expert, contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, 2005, p.87-103.

<sup>64</sup> O. LECLERC, *op.cit.*, p.96; J-Y. TREPOS soutient dans le même sens: «*On peut insister sur le dosage de persuasion et de conviction que l'expert cherche à opérer (dans quelle proportion, le jugement: «les mesures démontrent avec une intervalle de confiance de...voisine-t-il avec: «On sait que...» ou «Mon expérience m'apprend...») sans pour autant réduire l'acte d'expertise à une pure rhétorique. Il apparaît alors que le jugement d'expert n'est pas que l'assemblage de pièces réputées indiscutables, mais qu'il comporte une dimension à première vue incontrôlable, voire indicible de subjectivité*», in J-Y. TREPOS, *Sociologie de l'expertise*, PUF, 1996, p.51.

factuelle, mais qu'au contraire, elle est pleinement intégrée au processus d'interprétation<sup>65</sup>. Si l'on part de cette prémisse, le recours à l'expert se comprend comme un mode de justification à part entière: le juge ne faisant appel au discours de l'expert qu'afin de conforter généralement des intuitions premières<sup>66</sup>. Ces préalables méthodologiques expliquent sans doute la réticence du juge à faire appel à l'expert en droit de la concurrence. Une explication possible viendrait de ce que les interprètes ne considèrent pas les modèles ou théories économiques comme des discours d'autorités capables d'apporter un degré de certitude suffisant à la justification de leurs décisions. Comme l'affirme Bo Vesterdof: «*Alors que l'économie industrielle reste une discipline académique hautement évoluée, l'application pratique des théories économiques et des modèles aux cas concrets reste un domaine plein de difficultés et d'incertitudes*»<sup>67</sup>.

#### b- La solidité du discours de l'économiste en question

Plus qu'ailleurs, l'abondante production d'argumentaires économiques infirme, si besoin est, la neutralité ou l'objectivité du savoir économique intégrée à l'interprétation du droit de la concurrence. Il n'est pas rare qu'un argumentaire fasse lui-même l'objet de contre argumentaires, voire qu'un propos d'expert fasse l'objet d'une contre-expertise<sup>68</sup>; et comme l'indique fort justement J-Y. Trépos: «*(...) la contre-expertise contredit l'indiscutabilité dont se prévaut le jugement de l'expert (plus il y a d'expertises, moins l'expertise est fiable)*»<sup>69</sup>. Il faut ajouter à cette observation que l'économiste mandaté par le juge ou sollicité par les parties demeure confronté à un certain nombre d'écueils pratiques et méthodologiques majeurs. Examinons d'abord les difficultés d'ordre pratique.

L'économiste ne dispose presque jamais entre ses mains, de l'ensemble des données factuelles nécessaires à la connaissance contextuelle du litige. Et pour cause, ces données

---

<sup>65</sup> O. LECLERC, *op.cit.*, p.159-177.

<sup>66</sup> L. DUMOULIN, «L'expertise judiciaire dans la construction du jugement: de la ressource à la contrainte», *Droit et Société*, n°44/45, 2000, p.199-223.

<sup>67</sup> «*While industrial economics is highly developed as an academic discipline, application of economic theories and models in concrete case remains an area fraught with difficulty and uncertainty*», in C. DECKER, *Economics and the Enforcement of European Competition Law*, Edward Elgard Publishing, 2009, p.2.

<sup>68</sup> Par ex. Dec. Commission 7 juin.2000, 2001/418/CE, *Acides aminés*, aff. COMP/36.545/F3; Déc. Commission 8 mai.2001 *Aseprofar et Fedifar*, aff: IV/36.957/F3; *Glaxo Wellcome*, IV/36.997/F3, IV/37.121/F3, *Spain Pharma*, IV/37.138/F3, *BAI* et IV/37.380/F3, *EAEP*

<sup>69</sup> J-Y. TREPOS, *Sociologie de l'expertise*, PUF, 1996, p.25; R. CASTEL, «Savoirs d'expertise et production des normes», in F. CHAZEL, J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll. «Droit et Société», 1998, p.177-188.

restent peu accessibles, voire inexistantes<sup>70</sup>. C'est le cas, en matière de prix prédateurs, concernant la difficulté de rendre compte du coût marginal<sup>71</sup>, de même de l'inexistence de modèles adéquats censés répondre de manière schématique aux situations particulières d'un marché donné<sup>72</sup>. La fiabilité des informations collectées peut de surcroît prêter à caution: certaines données statistiques ou empiriques se révèlent surannées, de sorte qu'elles ne permettent pas de se faire une opinion valable sur un problème posé<sup>73</sup>. Dans la majorité des cas, la validation empirique d'un modèle formulé dans le contexte de l'instance, ne s'opère qu'une fois la procédure judiciaire mise en œuvre ou une fois le litige terminé. Ainsi que l'affirme L. Benzoni sur cette question: «*La constitution ou la reconstitution des informations nécessaires pour mener une analyse économique rigoureuse est parfois impossible et souvent peu compatible avec les délais de procédure (...) Souvent, faute de matériaux pour mener à bien ses études, l'économiste va être forcé de «bricoler» de la façon la plus rigoureuse possible. Il peut réaliser des instruments d'économétrie très poussés sur la base d'informations non pertinentes (voire fausses)*»<sup>74</sup>. La formulation des modèles est alors davantage tournée vers le passé que sur la réalité d'espèce<sup>75</sup>.

Ces difficultés pratiques se conjuguent avec celles d'ordre méthodologique: les modèles ne rendent pas compte de la réalité<sup>76</sup>. Plus encore, dans le cadre du procès, le dire de l'économiste s'assimile à un propos rhétorique<sup>77</sup>. H. Dumez et A. Jeunemaître soutiennent par exemple que la complexification des outils de *l'analyse économique* n'est pas en mesure de donner une lecture univoque de la décision que doit prendre l'interprète. À partir de l'analyse du marché du ciment américain, où un certain nombre d'entreprises avaient noué entre elles des contacts, les auteurs accréditent cette affirmation. En l'espèce, pendant que *Federal Trade Commission* interdit, au regard des rapports d'expertises, l'intégration en chaîne d'entreprises cimentières et de béton prêt à l'emploi, les entreprises cimentières font aussi appel aux services d'économistes dans le but de réfuter la décision des autorités antitrust.

---

<sup>70</sup> A titre illustratif, une décision de l'Autorité de la concurrence fait part d'un manque de données statistiques officielles ou publiques dans la détermination d'un marché en cause: Déc.n°10-D-12 du 15 avr.2010, *relative à des pratiques mises en œuvre par la société Hypromat France SAS dans le secteur du lavage automobile par haute pression*, pts.73-79.

<sup>71</sup> L. VOGEL, «L'économie, serviteur ou maître du droit?», in *Mélanges en l'honneur de A. Decocq*, Paris, Litec, 2004, p.605-614.

<sup>72</sup> H. DUMEZ, A. JEUNEMAÎTRE, «Rôle et statut de l'économiste dans les affaires de concurrence, leçons tirées de l'histoire américaine de l'industrie cimentière», *Rev. éco*, vol.52, n°6, 2001, p.1279-1299.

<sup>73</sup> P. Van CAYSEELE, R. Van den BERGH, «Antitrust Law», in B. BOUCKAERT, De GEST. G, (ed.), *Encyclopedia of law and economics*, Kluwer, p.483.

<sup>74</sup> L. BENZONI, «L'utilité des outils économiques», *RCC*, n°134, 2003, p.14.

<sup>75</sup> H. DUMEZ, A. JEUNEMAÎTRE, «Rôle et statut de l'économiste dans les affaires de concurrence», *Rev.éco*, vol.52, n°6, 2001, *op.cit.*

<sup>76</sup> V. en ce sens développements Titre 2, *infra*.

<sup>77</sup> H. DUMEZ, A. JEUNEMAÎTRE, «Rôle et statut de l'économiste dans les affaires de concurrence», *op.cit.*

De façon rétrospective, il s'est avéré pourtant qu'aucun des modèles existants ne permettait de rendre compte fidèlement du cas d'espèce. Ce que montrait l'affaire était en réalité plus complexe: les entreprises coopéraient tout en se faisant concurrence. Il en a résulté devant la Cour suprême acquise à une idéologie hostile aux intégrations verticales, la consécration de la thèse de la Federal Trade Commission (FTC)<sup>78</sup>. Outre la domination d'une certaine idéologie hostile au renforcement des monopoles, la décision de la Cour suprême a penché en faveur de critères totalement étrangers à des considérations scientifiques: la notoriété de l'expert, son habileté rhétorique à exposer avec simplicité ses thèses, l'influence des théories économiques dominantes ont constitué des facteurs déterminants<sup>79</sup>.

Les économistes ne cachent pas au demeurant, les difficultés méthodologiques auxquelles ils font face<sup>80</sup>: «(...) *il faut insister sur le fait que ces analyses ne relèvent pas d'une simple observation objective des faits mais de la mise en œuvre d'outils d'analyse économique qui comme toute modélisation repose sur des choix de paramètres. L'expert doit dire comment les choses se seraient passées si les faits litigieux ne s'étaient pas produits. Le futur n'étant jamais certain, il ne peut donner que son opinion sur l'évolution qui lui semble la plus probable, celle-ci peut être argumentée contredite. La Cour peut la trouver trop certaine compte tenu de ses propres critères concernant la certitude ou au contraire trop restrictive*<sup>81</sup>.

Il ressort de ces analyses, quatre propositions qui définissent l'usage du discours économique dans le cadre contentieux: 1) lorsqu'ils sont confrontés à l'interprétation de modèles, de témoignages, de données statistiques, d'enquêtes de satisfaction ou autres moyens de preuves de nature économique, c'est moins la rigueur des énoncés que leur conviction qui importe aux yeux des interprètes; 2) il en découle que de nombreuses réserves peuvent être avancées quant à la méthodologie adoptée, aux données interprétées et à la rigueur scientifique du discours de l'expert eu égard aux contraintes de temps et de procédure; 3) tant les expertises que les argumentaires économiques produits dans un cadre décisionnel ou juridictionnel valent pour les interprètes moyens de preuves factuels. Cette assimilation a pour utilité de renforcer le pouvoir discrétionnaire dont disposent juges et autorités de la concurrence sur l'appréciation des faits. Comme le souligne le TPIUE, le Tribunal doit «*se*

---

<sup>78</sup> *Brown Shoes co inc v/ United States*, 370, U.S, 294, (1962). Sur cette question, v., Première partie supra.

<sup>79</sup> H. DUMEZ, A. JEUNEMAÎTRE, *op.cit.*, p.1294. Pour une discussion du rôle et des contraintes de l'expert économique dans le procès: *Le droit de la concurrence dans les instances judiciaires*, in *Rev. OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, vol.1, n°1, 1999, p.87-159. Dans le même ordre d'idées: F. JENNY, «Competition Law enforcement: is economic expertise necessary?», in *International Antitrust Law and Policy: Fordham Corp. L. Inst*, 1998, B. HAWKS (ed), Juris Publishing, New-York, 1998, p.185.

<sup>80</sup> P.Van CAYSEELE, R.Van den BERGH, «Antitrust Law», *op.cit.*, p.467-497.

<sup>81</sup> M. NUSSENBAUM, «Le rôle du juge et de l'expert économique», *RJCom*, 2002, p.112-128.

*prononcer sur ce qu'interdit l'article 85 paragraphe 1 et sur les preuves à cet égard et non les économistes»<sup>82</sup>. Sous ce rapport, et à partir de ce cadre contextuel, l'analyse des argumentaires et des expertises économiques prend une autre tournure que celle de l'analyse économique entendue comme synonyme de neutralité et de scientificité. Le discours économique devient au contraire un genre rhétorique auquel puisent tant les parties que les interprètes dans la mise en œuvre de leurs stratégies argumentative<sup>83</sup>.*

## ***Section 2: Expertises et argumentaires économiques au service de la stratégie des parties et du juge***

Sur quoi repose la conviction du juge en présence d'argumentaires économiques contradictoires? À quel stade de leurs stratégies argumentatives, les parties décident-elles d'avoir recours aux services d'un économiste? Ce sont là quelques questions qui vont servir de trame à notre démonstration. Admettre qu'en recourant aux services d'économistes, les juges, les autorités de la concurrence ou encore les entreprises requérantes ne font pas de la science est une chose; décrire la manière dont se déploie ce discours faussement scientifique en est une autre qu'il convient d'approfondir. Une distinction doit être opérée entre les cas dans lesquels le juge fait appel à un expert (§1) et ceux où les autorités de concurrence et les juges sont confrontés à la production d'argumentaires économiques contradictoires (§2).

### **Paragraphe 1: L'expertise économique mandatée dans le cadre de litiges**

Bien qu'il dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans le mode de désignation de l'expert, le juge n'en use, en droit de la concurrence, que de façon parcimonieuse. Le recours à l'expert en présence d'appréciations contradictoires n'est pas systématique<sup>84</sup> au grand étonnement de certains auteurs: «(...) la rareté des expertises économiques demandées par les juridictions peut étonner au regard du caractère récurrent de questions qui sont a priori de

---

<sup>82</sup> Concl. Bo Vesterdof, aff.T-1/89, *Rhône-Poulenc op.cit*, Rec.1991, p.II-957

<sup>83</sup> F. JENNY, «Competition Law Enforcement: is economics expertise necessary?», in *International Antitrust Law and Policy: Fordham Corporate Law*, 1998, B. HAWKS (ed), Juris Publishing New York, 1998, p.185-201.

<sup>84</sup> Nous adopterons en ce sens (tout en étant conscient que la généralisation des conclusions avancées doit être prise avec précaution, le terrain d'étude des auteurs étant celui de l'expertise psychiatrique) le cadre d'analyse proposé par D. Bourcier et M. De Bonis, selon lequel le recours à l'expert vient surtout corroborer des intuitions premières du juge, in D. BOURCIER, M. De BONIS, *Paradoxes de l'expertise, savoir ou juger*, Institut Synthélabo pour le progrès de la connaissance, 1999.

*nature à nécessiter, pour peu que les faits soient contestés, l'intervention d'un expert*<sup>85</sup>. Mais ce constat ne doit pas surprendre si l'on admet que la demande d'expertise n'est pas nécessairement tributaire des carences informationnelles du juge. Cette thèse est accréditée au regard du paradoxe suivant: le juge ne recourt pas à l'expertise quand il le devrait, mais seulement quand elle lui permet de conforter une conviction profonde. D. Bourcier et M. De Bonis l'indiquent fort bien: «*La demande d'expertise comme l'absence de demande, surdétermine la décision finale des magistrats: ils demandent une information alors qu'ils pensent détenir la connaissance et que de toute façon leur décision est déjà prise (...) Autrement dit, on peut énoncer le double paradoxe suivant: demander, alors que l'on est convaincu de la présence d'un fait, pour se voir confirmé dans ses convictions; ne pas demander, alors que l'on est convaincu de l'absence d'un fait, pour échapper à toute tentative de réfutation*»<sup>86</sup>.

Les questions posées à l'expert dans le cadre de sa mission ne sont pas non plus anodines: de leur formulation dépend largement l'orientation de la mission effectuée. Cette grille de lecture sera apposée à l'interprétation d'affaires dans lesquelles la Cour de justice a, par deux fois, fait appel aux services d'experts économiques. Chaque affaire sera examinée successivement à titre illustratif. D'abord celle des *Matières colorantes*<sup>87</sup> ensuite celle relative à la *Pâte de Bois*<sup>88</sup>.

#### A- Stratégie de la Cour dans l'affaire des *Matières colorantes*

Par souci de clarté, le contexte de l'affaire doit être exposé (a) avant de passer à la manière dont la Cour s'appuie sur l'autorité scientifique de l'expert pour justifier sa décision (b) dans le but de créer, par analogie avec le droit pénal, un standard de qualification susceptible de corroborer son raisonnement (c).

<sup>85</sup> A-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, op.cit, p.550.

<sup>86</sup> D. BOURCIER, M. De BONIS, op.cit, p.47-48.

<sup>87</sup> CJCE, 14 juil.1972, *ICI/Commission*, aff.C-48, 49 et 51-59/69, note E. Colmant, *RMC*, 1973, p.15-22; note. B. Goldman, *JDI*, 1972, p.925-941; note, R. Joliet, *CDE*, 1974, p.251-286; note H. Mayras, «la théorie de l'effet dans le droit des ententes», *Jus Gentium*, 1972, p.41-46; note M-P. Piriou, «L'affaire des colorants», *CDE*, 1973, p.50-63; note E. Steindorff, *CMLR*, 1972, p.502-510; note M. Wathelet, *RTDE*, 1975, p.663-699; CJCE 31 mars.1993, *Alhström Osakeyhtiö e.a./Commission*, aff.89, 104, 114, 116, 117, 125, 129/85, Rec.1993, p.I-1307

<sup>88</sup> Notons que le Tribunal a eu aussi à mandater une expertise dans les affaires: TPICE, 27 oct.1994, *Fiatagari UK Limited e.a et New Holland c/Commission*, aff.T-34/92, Rec.II, p.905, note L. Idot, *Europe*, déc.1994; comm. n°470, p.16; note L. Vogel, *RMC*, 1995, p.687; TPICE, 27 oct.1994, *John Derere Limited c/ Commission*, aff.T-35/92, Rec.p.II-957. Précisions, à tire liminaire, qu'il sera fait l'hypothèse, dans la mesure où dans les deux espèces, elle s'est rangée du côté de ses avocats généraux, que la Cour fait sienne de leurs stratégies argumentatives respectives. Une attention sera à ce titre d'avantage portée sur l'instrumentalisation des expertises dans chacun des litiges examinés. L'ambition étant de mettre en lumière l'hypothèse selon laquelle l'expertise intervient comme au soutien d'une conviction préalable.

#### a- Contexte de l'affaire

L'arrêt *matières colorantes* marque un nouveau tournant en droit de la concurrence. Depuis les premières applications de cette nouvelle branche du droit issue du Traité de Rome, c'est en effet la première fois que la Commission puis la Cour ont à connaître, dans le domaine des ententes, de la qualification de «pratiques concertées». Jusqu'alors en effet, la Cour et la Commission n'étaient confrontées qu'aux accords d'exclusivité, lesquels supposaient l'existence de rapports contractuels<sup>89</sup>. Entre janvier 1964 et octobre 1967, une hausse uniforme de prix qui se traduit par un accroissement de 10 à 15% des prix pratiqués sur le marché des produits colorants est constatée par la Commission. Celle-ci engage alors en application de l'article 3 du règlement 17/62, une procédure pour violation de l'article 85 du traité de Rome. Tout en qualifiant l'infraction de «pratique concertée», elle sanctionne un certain nombre d'entreprises qui y ont pris part. Un recours en annulation est en conséquence introduit devant la Cour de justice. Sur demande unanime et face aux argumentaires contradictoires de chacune des parties, la Cour, par ordonnance du 8 juillet 1970, décide de surseoir à statuer en vue d'une mesure d'expertise. La Cour décidera finalement dans l'arrêt du 14 juillet 1972, d'abonder dans le sens de la Commission.

Ce tableau succinct des faits dressé, il faut en venir plus précisément à la stratégie argumentative de la Cour. Tout d'abord, l'avocat général rappelle les trois formes d'ententes prévues par l'article 85 du traité de Rome, accord, décision d'association et pratique concertée<sup>90</sup>. À la différence d'un accord ou d'une décision d'association d'entreprise, de simples indices factuels (preuves écrites, témoignages oraux) ne suffisent pas à établir la qualification de pratique concertée. Ce type d'infraction nécessite, à partir d'indices factuels, de déduire une intention délictuelle. Là réside sa difficulté probatoire. Se tourner en conséquence vers les modèles économiques a pour avantage de pallier un tel déficit. Dans un premier temps, l'avocat général s'attache à stipuler une définition de la pratique concertée. Il se tourne pour ce faire, vers la jurisprudence américaine dont il ressort que la notion de pratique concertée suppose «la nécessité d'un plan commun»<sup>91</sup>. À partir de là, l'intention du plan commun doit être examinée plus avant, en vue de déterminer s'il résulte ou non d'un

---

<sup>89</sup> CJCE, 12 déc.1967, *Brasserie de Haecht*, aff.23/67, Rec.1967, p.525; CJCE 30 juin.1966, *LTM-MBU*, aff.56/65, Rec.1966, p.265; CJCE 13.juil.1966, *Gründing*, aff.56 et 58/64, Rec.1966, p.265

<sup>90</sup> V. les affaires Brasseries de *Haecht et Gründing*, préc; CJCE 15 juil.1970, *Chemiefarma, Buchler et Böhringer*, aff.41/69, Rec.1970, p.661

<sup>91</sup> Conclusions de l'avocat général H. Mayras dans l'affaire des *matières colorantes*, aff. 48, 49 et 51-59/69, Rec.1972, p.679



comportement économique «normal». Sur cette base, l'avocat pose deux critères nécessaires à la qualification de pratique concertée: 1) outre l'existence d'un parallélisme de comportement, il faut encore apporter la preuve d'un parallélisme «conscient», qui correspond à l'idée de «*plan commun*». 2) Ce premier critère est rempli, il faut alors se demander si le comportement en cause résulte du fonctionnement normal du marché. La preuve de ces deux critères nécessite, dans un second temps, de s'appuyer sur le discours des experts, lesquels constituent une ressource argumentative pour apprécier le caractère normal ou non du comportement d'entreprise incriminé.

#### b- La référence à l'autorité scientifique comme justification du raisonnement

Peut-on déduire du parallélisme relevé par la Commission une intention délictuelle? C'est à cette démonstration que s'attèle l'avocat général en se tournant vers les différents argumentaires économiques ainsi qu'à l'expertise ordonnée par la Cour. L'autorité de ces discours vient éclairer la démonstration selon laquelle le parallélisme observé résulte soit de conditions économiques normales, soit est inhérent à la «structure du marché». Répondre dans un sens ou dans un autre est à ce niveau capital pour le reste de la démonstration.

À titre introductif, l'avocat général présente chacun des argumentaires économiques des parties au litige. Pour la Commission, il ne fait aucun doute qu'un certain nombre de preuves factuelles corroborent le fait que la hausse des prix constatée en l'espèce résulte d'un parallélisme conscient. L'économiste mandaté par l'autorité administrative base en ce sens l'ensemble de sa démonstration sur un modèle de concurrence pure et parfaite: «*À l'intérieur de la Communauté européenne, les vendeurs de matières colorantes se font une concurrence oligopolistique sur plusieurs marchés bien distincts; ces marchés étant imparfaits, aucune contrainte n'y commande un comportement uniforme en matière de prix*». Inversement, les économistes mandatés par les entreprises requérantes réfutent l'argumentaire de la Commission. Ils exposent en résumé que la structure oligopolistique, inhérente au marché des matières colorantes, empêche d'interpréter le parallélisme observé comme un parallélisme conscient. Ce qui revient à ruiner la thèse fondée sur le modèle de concurrence pure et parfaite défendue par la Commission. Cette prémisse qui fait du marché des colorants un oligopole en soi, commande l'interprétation selon laquelle l'imperfection du marché aboutit nécessairement à un cloisonnement des marchés: la hausse uniforme de prix ne s'explique en conséquence qu'au regard du comportement de l'entreprise dominante de l'oligopole ou

«*price leader*»<sup>92</sup>. Pour le dire encore autrement, la ligne de défense des entreprises requérantes part de la prémisse selon laquelle la structure du marché constitue la cause d'une hausse uniforme et non le contraire.

Devant ces appréciations contradictoires, l'avocat général se tourne vers le rapport d'expertise mandaté par la Cour<sup>93</sup>. Il faut d'ores et déjà remarquer que cette contradiction va par la suite lui servir d'argument pour s'affranchir des thèses économiques en présence. Mais revenons au rapport d'expert commandé par la Cour: son contenu, qui est loin d'être neutre, est largement tributaire des questions posées aux experts: 1) compte tenu de la structure oligopolistique du marché des colorants, était-il possible, «*selon les critères commerciaux normaux pour un producteur agissant de manière autonome, qui aurait eu intérêt à relever ses prix, de procéder autrement que par une hausse générale, uniforme et publique en fixant des taux différents dans ses rapports particuliers avec les différents clients et en fonction de chaque produit*». 2) «*Quels avantages et quels désavantages peuvent s'attacher au fait de procéder à une hausse des prix générale et linéaire par rapport à une hausse différenciée*». 3) La troisième question porte quant à elle, sur le caractère interchangeable des colorants<sup>94</sup>.

Comme on le voit, l'ensemble de ces questions préjuge déjà de la position de la Cour. Cette dernière ne demande pas à l'expert pourquoi des observations similaires conduisent à des conclusions diamétralement opposées, pas plus qu'elle ne demande si les modèles d'oligopole et de concurrence pure et parfaite correspondent rigoureusement au cas d'espèce<sup>95</sup>. Par exemple, la question sur «*les critères commerciaux normaux pour un producteur agissant de manière autonome, qui aurait eu intérêt à relever ses prix, de procéder autrement que par une hausse générale, uniforme et publique en fixant des taux différents dans ses rapports particuliers avec les différents clients et en fonction de chaque produit*» nécessite auparavant une évaluation préalable de ce qu'il convient d'entendre par «*critères commerciaux normaux*». La question qui porte sur les avantages et les désavantages qui s'attachent à une hausse des prix implique, elle aussi, de préjuger l'effet positif ou négatif du parallélisme observé.

Au fond, ce que la Cour demande aux experts, c'est une évaluation préalable, un cadre d'argumentation dans lequel elle va par la suite extraire pour justifier sa décision. Ces extraits des conclusions de l'avocat général accréditent cette hypothèse: «*(...) les experts ont répondu par l'affirmative, en ce sens qu'un producteur agissant de manière autonome, selon les*

---

<sup>92</sup> Par référence au modèle de Chamberlin.

<sup>93</sup> Conclusions H. Mayras, aff. 48, 49 et 51-59/69, Rec.1972, p.679

<sup>94</sup> Conclusions, H. Mayras, *op.cit*, p.681

<sup>95</sup> P. FRANCOIS, *Sociologie des marchés*, Armand Colin, 2008, p.201-235.

*critères commerciaux normaux, aurait eu, en principe, la possibilité d'augmenter ses prix de façon différenciée en fonction de chaque client et de chaque produit. Mais, ce qui est important à nos yeux, c'est qu'ils ont également affirmé qu'en pratique il eût été possible à un tel producteur d'augmenter ses prix de façon différenciée, en n'apportant à cette réponse qu'une restriction, c'est que la hausse moyenne des prix d'un producteur agissant de cette manière aurait pu réaliser «aurait été probablement inférieure à l'augmentation moyenne des prix réalisée par une hausse des prix générale et uniforme»<sup>96</sup>. Plus loin, l'avocat retient qu'«en définitive les avantages qu'auraient procurés une hausse des prix générale et uniforme l'auraient emportés sur les inconvénients»<sup>97</sup>.*

La réponse à la troisième question – celle de savoir si les produits sont plus ou moins substituables – est quant à elle, purement et simplement évacuée: l'avocat général la considérant selon ses propres mots, comme «secondaire»<sup>98</sup>. Il y a, par conséquent, dans l'analyse des rapports d'experts, une sélection de ce que les interprètes estiment pertinent de leur point de vue. Ce qui importe aux yeux de l'avocat général, c'est que la contradiction des expertises permet de douter du lien entre le parallélisme des prix observé et le fonctionnement normal du marché. On comprend dès lors qu'il tire de l'ensemble des rapports d'expertise examinés, le «sentiment» que: «(...) les seules caractéristiques du marché des colorants ne permettent pas d'expliquer les hausses de prix uniformes intervenues dans la période litigieuse».

c- La pratique concertée par analogie avec le commencement d'exécution en droit pénal

Dans la stratégie de la Cour, le rapport d'expertise tient une place fondamentale puisqu'il permet d'aboutir à l'argument selon lequel les expertises et argumentaires économiques engendrent davantage d'incertitude qu'ils n'apportent de conviction. L'avocat général peut ainsi réfuter l'argumentaire des parties en affirmant que la référence au modèle d'oligopole pour interpréter la structure du marché en cause est, au regard de cette divergence, discutable. Et ce, d'autant que les deux conditions nécessaires à une telle situation (transparence des prix, homogénéité des produits) manquent en l'espèce<sup>99</sup>. La conclusion est qu'il n'est pas possible, en se fondant sur le terrain économique, de se forger une quelconque

---

<sup>96</sup> Conclusions H. Mayras, *op.cit.*, p.681. C'est nous qui soulignons.

<sup>97</sup> Conclusions H. Mayras, *op.cit.*, p.681

<sup>98</sup> Conclusions H. Mayras, *op.cit.*, p.681

<sup>99</sup> Conclusions H. Mayras, *op.cit.*, p.682

certitude<sup>100</sup>. Dès lors, l'avocat général peut en revenir à une argumentation différente. L'originalité de sa démonstration consiste à établir, sur le modèle du droit pénal, qu'un simple commencement d'exécution suffit à justifier la qualification de pratique concertée<sup>101</sup>.

Pour parvenir à ce résultat, l'avocat général part du principe qu'il y a qualification de pratique concertée, dès l'instant qu'il n'est pas démontré qu'un parallélisme de comportement résulte du fonctionnement normal du marché. Si cette condition est satisfaite, il est alors possible, par analogie au commencement d'exécution, d'imputer une intention délictueuse à une hausse uniforme de prix. Cette thèse est confortée non seulement par référence aux avis des économistes, mais surtout, par l'examen de preuves matérielles complémentaires susceptibles de justifier le parallélisme observé. Sur cette base, la Cour qualifie le comportement en l'espèce de pratique concertée.

Les raisons profondes de cette position s'éclairent à la lumière d'une certaine idéologie fondée sur la protection du marché et l'accroissement de ces échanges européens<sup>102</sup>: *«Que le caractère uniforme et simultané des hausses a servi notamment à figer des situations acquises, en évitant le glissement de clientèle de chaque entreprise, et a donc contribué à préserver le caractère «cimenté» des marchés nationaux traditionnels des marchandises, au détriment de la liberté effective de circulation des produits en cause dans le marché commun (...)»*<sup>103</sup>. D'aucuns ont critiqué le raisonnement tenu dans l'arrêt *Matières colorantes*. Joliet par exemple, affirmait que *«les réponses fournies par les économistes consultés par la Cour n'ont pas clairement tranché le débat, ni au plan de la théorie économique, ni au plan des faits, si bien que l'arrêt ICI donne l'impression que c'est presque à titre superfétatoire que la Cour a retenu les quelques arguments économiques en vue de renforcer sa conclusion»*<sup>104</sup>. Wathélet soutient de son côté que *«le poids de l'analyse économique reste finalement très mince, les caractéristiques économiques n'étant rappelées que comme arguments a fortiori d'une conviction basée sur d'autres éléments»*<sup>105</sup>.

En un sens, l'ensemble de ces critiques sonne juste, si l'on admet que le cas d'espèce doit constituer l'exact réciproque des modèles économiques; de telles critiques oublient toutefois de considérer le plus important, à savoir le contexte dans lequel interviennent les

---

<sup>100</sup> CJCE, 14 juil.1972, *Imperial Chemical Industries Ltd. c/ Commission des Communautés européennes*, Rec. p.619

<sup>101</sup> Conclusions Mayras, *op.cit.*, p.688; sur le lien entre droit pénal et droit de la concurrence: L. IDOT, «Réflexions sur l'application de certains principes et notions du droit pénal en droit des pratiques anticoncurrentielles», in *Mélanges en l'honneur de B. Bouloc*, Dalloz, 2006, p.451-487.

<sup>102</sup> Conclusions H. Mayras, *op.cit.*, p.687-688; v., développements supra, Première partie, Chapitre 1.

<sup>103</sup> CJCE, *ICI c/ Commission*, *op.cit.*, pt.132.

<sup>104</sup> A-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, *op.cit.*, p.550.

<sup>105</sup> A-L. SIBONY, *op.cit.*, p.550.

économistes dans le cadre de litiges<sup>106</sup>: «*Il conviendrait de se demander si le juge est un auditeur totalement neutre face aux écoles de pensée économique. Il ne me semble pas qu'il ait vocation à être neutre, il lui incombe d'être l'émanation de la sensibilité des États membres de la Communauté européenne et de représenter un public normalement informé*»<sup>107</sup>. La jurisprudence *Matières colorantes* est en adéquation avec une certaine idéologie alors dominante du droit de la concurrence<sup>108</sup>. La jurisprudence *Pâte de Bois* paraît s'inscrire dans une approche plus économique. Ce n'est toutefois que pour mieux s'en émanciper comme le montre le raisonnement développé par l'avocat général Darmon dans cette affaire.

## B- Stratégie de la Cour dans l'affaire *Pâte de Bois II*.

À l'instar de l'affaire *Matières colorantes*, il faut débiter par le contexte de l'affaire (a), exposer le raisonnement qui conduit la Cour à censurer la Commission pour défaut d'éléments probatoires (b).

### a- Contexte de l'affaire

Deux associations, la *Finncell* et la *KEA*, regroupant la majorité des producteurs et fabricants de pâtes de bois, étaient poursuivies dans le cadre d'une infraction à l'article 85 du traité de Rome. Par décision du 15 décembre 1984, la Commission avait sanctionné un certain nombre de producteurs sur le fondement d'une pratique concertée<sup>109</sup>. Pour mieux comprendre le contexte de l'affaire, il faut savoir que les producteurs de pâte de bois réalisaient leurs ventes sur la base de contrats d'approvisionnement. En pratique, plusieurs acheteurs s'approvisionnaient auprès de différents producteurs. À chaque début de trimestre, les producteurs communiquaient, par un *prix d'annonce*, le prix des pâtes commercialisées. À côté de ces *prix d'annonces* figurent les *prix de transactions* qui sont ceux effectivement

---

<sup>106</sup> Dans le même sens: CJCE 16 dec.1975, *Suiker Unie UA*, aff. 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73

<sup>107</sup> H. LEGAL, «Le juge et les instruments de l'analyse économique», *RCC*, n°134, 2003, p.18.

<sup>108</sup> Rappelons que le raisonnement de la Cour est alors salué par nombre d'économistes comme Piriou, mais surtout de juristes: Goldman, Van Damme, Schapira, Le Tallec, Blaise, Kovar, Bellamy, Koch, Druesne, comme en attestent par la suite, les conclusions de B. Vesterdof: aff. T-1/89, Rec.1991, p.II-935-939

<sup>109</sup> CJCE 31 mars.1993, *Ahlström Osakeyhtiö et autres c/ Commission*, aff.jtes C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, note, J-B. Blaise, C. Robin, «Pratiques concertées-Preuve», *RDAE*, 1993 n° 3 p.103-104; note, L. Cartou, «Et revoici les ententes venues d'ailleurs», *LPA*, 1993, n°111, p.12-16; note M-A. Hermitte, *JDI*, chron, 1994, p.505-507; note, L. Idot, «Epilogue dans l'affaire Pâte de Bois, les derniers apports de la Cour au droit communautaire de la concurrence», *Europe*, juin.1993, chron. n° 6 p.1-3; A. Jones, «Woodpulp: concerted Practice and/or Conscious Parallelism?», *ECLR*, 1993, p.273-279.

facturés aux acheteurs selon des modalités variables. Entre le troisième trimestre de l'année 1978 et le deuxième trimestre de l'année 1980, la Commission a constaté, dans ce secteur, un parallélisme de prix d'annonces; elle en a déduit que certains producteurs agissaient dans le cadre de pratiques concertées.

Saisie du litige, la Cour, face aux argumentaires contradictoires des parties, a ordonné deux expertises: l'une relative à l'examen des prix annoncés et aux prix de transaction d'un point de vue comptable; l'autre relative aux caractéristiques du marché de la pâte de bois au cours de la période litigieuse. À l'instar de l'affaire des *Matières colorantes*, la formulation des questions posées aux experts n'était pas sans conséquence sur le contenu du rapport d'expertise: la Cour demandait aux experts de l'éclairer sur «*[les] raisons [pour lesquelles] le fonctionnement normal du marché de la pâte de bois devait conduire à l'établissement d'une structure de prix différenciés ou d'une structure de prix uniformes*»

b- Insuffisance de preuves dans l'examen des prix et redéfinition des critères de qualification de la pratique concertée

Dans le cadre de l'instruction, plus précisément au niveau de l'obligation de communication des griefs, la Commission entendait établir le parallélisme de comportement des entreprises requérantes par référence à l'analogie entre les prix de transaction et les prix d'annonces. Dans ce but, elle avait demandé que les entreprises requérantes lui fournissent un ensemble de factures et documents divers. Au regard des conclusions des experts-comptables mandatés par la Cour, l'avocat général souligne que les documents fournis à la Commission ne permettaient pas d'assimiler les prix de transactions aux prix annoncés<sup>110</sup>. L'expertise de nature comptable constitue un premier argument sur lequel s'appuie l'avocat général afin de réfuter l'erreur matérielle de la Commission dans la confusion entre prix d'annonces et prix de transaction.

Ce point traité, l'avocat général en vient à la pratique concertée proprement dite. Il propose d'en refonder les standards de qualification afin de les mettre en conformité à *l'analyse économique*. Partant, la pratique concertée suppose d'abord d'établir une «(...) *réciprocité de communications entre concurrents*»<sup>111</sup>. Il faut ensuite qu'elle réduise chez les concurrents «(...) *l'incertitude concernant leurs actions futures*». Enfin, que le comportement

---

<sup>110</sup> Conclusions Darmon, p.1471

<sup>111</sup> Conclusions Darmon, *op.cit.*, p.1484-1485

incriminé ne puisse pas se déduire de la structure du marché<sup>112</sup>. Contrairement aux conclusions Mayras dans l'affaire des *Matières colorantes*, celles de l'avocat Darmon s'imprègnent davantage de prescriptions économiques: les notes abondantes se référant à la littérature économique en témoignent. Par exemple, l'avocat général fait siennes les analyses selon lesquelles un parallélisme conscient peut autant s'interpréter comme une réponse «rationnelle» que comme une collusion tacite<sup>113</sup>.

En conséquence, on ne peut déduire de simples annonces de prix la caractérisation d'une pratique concertée «*On a relevé «l'absurdité» qu'il y a à méconnaître le fait que, par nature, les prix doivent être communiqués*»<sup>114</sup>. La position de l'avocat général se démarque encore plus du raisonnement tenu dans l'affaire *Matières colorantes* lorsqu'il réfute l'analogie avec le droit pénal dans la qualification de pratique concertée. Cette analogie «(...) révèle à notre avis l'impasse à laquelle conduit l'inclusion d'un élément objectif tiré du parallélisme de comportement des entreprises dans la définition de la pratique concertée»<sup>115</sup>. Proche d'un certain discours économique, la nouvelle définition posée par l'avocat général sert de trame aux critères de qualification de la pratique concertée; mais, comme on propose de le montrer, cet alignement sur le discours économique n'est qu'apparent. L'analyse des conclusions montre que les critères retenus pour la qualification de pratique concertée vont se révéler peu déterminants en l'espèce.

### c- L'apparent alignement sur le discours économique

Devant la Cour, l'argumentaire économique défendu par la Commission est le même que celui exposé dans l'affaire des *Matière Colorantes*: la structure du marché de la pâte de bois permet «(...) de mener une politique de concurrence indépendante et active»<sup>116</sup>. En d'autres termes, la hausse parallèle des prix observée ne résulte pas d'une concurrence normale dans laquelle chaque entreprise agirait de manière indépendante. Le système d'annonce des prix crée une «transparence artificielle» puisqu'il maintient un parallélisme conscient ayant des effets anticoncurrentiels. De façon contraire, les requérantes soutiennent que leur comportement «*aurait été déterminé de manière rationnelle et autonome au regard*

<sup>112</sup> Conclusions Darmon, *op.cit.*, p.1486

<sup>113</sup> La première interprétation est soutenue par D. TURNER: «The definition of Agreement under the Sherman Act: Parallelism and Refusals to Deal», *Harv. L. Rev.*, vol.75, 1962, p.655; la seconde par R. POSNER: «Oligopoly and the antitrust laws: a suggest approach», *Stan. L. Rev.*, 1969, p.1562.

<sup>114</sup> Conclusions Darmon, *op.cit.*, p.1488

<sup>115</sup> Conclusions Darmon, *op.cit.*, p.1790

<sup>116</sup> Conclusions de l'avocat général M. Darmon dans l'affaire *Ahlström Osakeyhtio e.a/Commission*, présentées le 7 juil.1992, Rec.1193-3, pt.320.

de leur situation économique propre (...)»<sup>117</sup>. Elles ajoutent de surcroît «qu'un tel phénomène s'explique notamment par l'homogénéité du produit et la transparence du marché. Un producteur n'aurait aucun intérêt à annoncer des prix supérieurs à ceux de ses concurrents, car il perdrait des clients, comme le révélerait, par exemple, l'expérience des producteurs suédois et finlandais en 1975»<sup>118</sup>.

Deux arguments sont à la base de cette interprétation. Le premier d'ordre comportementaliste, raisonne par référence à la «rationalité» des requérantes sur le marché de la pâte de bois et interroge l'intérêt qu'ont les entreprises, dans un contexte oligopolistique, d'augmenter leurs prix en l'espèce; le second, d'ordre structuraliste, montre, par référence à l'équilibre Cournot-Nash, qu'une hausse uniforme des prix peut s'expliquer sans pour autant être le résultat d'une pratique concertée<sup>119</sup>. Les requérantes jouent pour ainsi dire, sur deux paradigmes différents. Le modèle Cournot-Nash implique en effet de considérer la pâte de bois comme un substitut parfait, ce qui, au regard de l'affaire, est loin d'être le cas. Quant au rapport d'expert mandaté par la Cour, sa conclusion est des plus ambiguës. Le moins que l'on puisse dire, c'est qu'il ne tranche pas clairement la question de savoir si le parallélisme observé résulte d'une concertation ou du fonctionnement oligopolistique du marché «(...) l'uniformité des prix peut être expliquée par le fonctionnement naturel du marché de la pâte de bois (...) cette uniformité des prix était même incompatible avec le fonctionnement d'un cartel. Les experts ont précisé toutefois que cela ne démontrait pas «per se» l'absence de concertation»<sup>120</sup>.

En réponse, la Commission formule un certain nombre de critiques<sup>121</sup>. Elle fait observer que le modèle Cournot-Nash<sup>122</sup> retenu comme cadre de référence par les parties et

---

<sup>117</sup> Conclusions M. Darmon, *op.cit.*, pt.327.

<sup>118</sup> Conclusions M. Darmon, *op.cit.*, pt.329, les parties font témoigner à leur décharge un certain nombre d'économistes: respectivement les professeurs Budd, Hart, Von Weiszäcker, Jacquemin et Philips dont l'avocat général indique qu'il s'agit d'économistes de renom, pt.331.

<sup>119</sup> Conclusion Darmon, *op.cit.*, p.1524. Preuve que le juge n'est pas économiste et qu'il est, de ce fait, limité dans l'interprétation des modèles économiques, l'avocat général fait remarquer que: «Dès lors, à la fin de la procédure écrite, votre Cour était confrontée à une argumentation économique considérable, se référant parfois à des modèles théorique qui, pour être sans doute familiers à l'économiste, n'en comportent pas moins, à nos yeux à tout le moins, une complexité manifeste (nous pensons, par exemple, ici à l'équilibre «Cournot-Nash» qui, selon le professeur Philips, aurait caractérisé le marché de la pâte), in Conclusions M. Darmon, *op.cit.*, pt.333.

<sup>120</sup> Conclusions Darmon, pt.334.

<sup>121</sup> En matière de concurrence, il semble que l'on puisse affilier la pensée du professeur Neumann aux thèses ordolibérales. On retrouve cette affiliation dans l'introduction de son ouvrage, *Competition policy, history, theory and practice*, E.E, 2001, p.3.

<sup>122</sup> Le modèle de concurrence pure et parfaite suppose, comme on l'a vu, une rationalité parfaite des agents, une substituabilité parfaite des produits, une atomicité de l'offre et de la demande. La situation d'espèce ne semble pas remplir l'ensemble de ces conditions. Quant au modèle Cournot-Nash, il suppose aussi des hypothèses fortes: les producteurs connaissent l'état de la demande ainsi que l'élasticité-prix; ils connaissent aussi le nombre exact de leurs concurrents; leur coût de production est lui aussi totalement maîtrisé et connu. La seule



les experts mandatés par la Cour, est de nature statique: à l'excès simplifié, il ne rendrait pas compte de la situation de concurrence réelle des entreprises sur le marché considéré. La Commission conteste de plus, dans le paramétrage des modèles formulés par les experts, l'interprétation de la temporalité. Sur ce point, les conclusions des experts comportent un certain nombre de contradictions: à court terme, elles indiquent un fort risque anticoncurrentiel résultant de la situation d'oligopole; mais à long terme, ce risque est susceptible de s'atténuer, les *«phénomènes oligopolistiques à court terme auraient été limités par la substituabilité à long terme»*<sup>123</sup>. Enfin, la Commission relève l'amalgame opéré entre les modèles de concurrence pure et parfaite et ceux d'oligopole, les conclusions des experts passant systématiquement de l'un à l'autre sans aucune précaution d'ordre méthodologique<sup>124</sup>.

Sans entrer ici dans l'examen exhaustif de ces trois griefs, on se concentrera sur celui de la temporalité. On s'aperçoit du poids que revêt cet argument dans la mesure où, paramétré dans un temps plus court, le parallélisme observé comporte de forts risques anticoncurrentiels tandis qu'envisagé sur le long terme, il aboutit à une interprétation diamétralement opposée. Élément déterminant à l'appréciation du litige, ce point n'est pas relevé par l'avocat général: *«Nous ne pensons pas nous dérober à nos responsabilités en estimant ne pas être en mesure de nous prononcer sur la pertinence théorique d'une analyse distinguant une série de «petits oligopoles» à court terme au sein d'un marché»*<sup>125</sup>.

C'est dire combien l'hypothèse selon laquelle l'expertise sert à conforter les intuitions premières du juge se vérifie ici encore. Ce qui retient l'attention de l'avocat général, c'est le fait que l'argumentaire des requérantes, dont il souligne au passage la clarté d'exposition, conduit à déduire le parallélisme observé du fonctionnement oligopolistique du marché de la pâte de bois. Bien plus, l'avocat général estime, dans le sens de l'argumentaire des requérantes, que ce parallélisme *«était même incompatible avec le fonctionnement d'un*

---

information qu'ils n'ont pas à disposition est la quantité (q) de produits (p) qu'ils doivent fournir sur le marché. Au surplus, il va de soi que l'ensemble des agents présents sur le marché dispose d'une rationalité parfaite. La réunion de l'ensemble de ces conditions au cas d'espèce ne peut que se révéler très imparfaite; cette imperfection ne peut manquer de rejaillir sur l'appréciation que l'on a des faits considérés.

<sup>123</sup> Conclusions M. Darmon, *op.cit.*, pt.353.

<sup>124</sup> Les experts mandatés par la Cour de justice auraient invoqué le modèle de concurrence pure et parfaite pour montrer que même dans ces conditions, les prix pratiqués auraient pu l'être de façon uniforme. L'avocat général souligne toutefois cette ambivalence (v., pt.345). Raisonner comme le font les experts de la Cour avec deux types de modèles peut en effet paraître paradoxal: le modèle «Cournot-Nash» postule une concurrence par les quantités; le modèle de concurrence pure et parfaite suppose au contraire une concurrence par les prix. Ces deux situations sont radicalement différentes et on se demande, s'il est possible de les amalgamer. On remarque en effet que tantôt les experts raisonnent en s'inspirant du modèle de concurrence pure et parfaite (ils ont par exemple recours au concept d'élasticité, v., pts.347-351), tantôt, ils raisonnent en s'inspirant du modèle d'oligopole ce qui est fort discutable dans la mesure où la simple existence de relations durables entre fournisseurs et producteurs suffit à infirmer l'existence d'une parfaite substituabilité entre les produits (pt.354-355).

<sup>125</sup> Conclusions M. Darmon, *op.cit.*, pt 356.

*cartel*»<sup>126</sup>; et cette conclusion est en parfaite adéquation avec sa critique de départ du raisonnement retenu dans l'affaire des *Matières colorantes*. Ce qui trahit encore le fait que les expertises sont utilisées comme un moyen de corroborer les intuitions premières de l'avocat général, c'est qu'il feint d'ignorer que le rapport d'experts de la Cour signale que la hausse de prix observée peut autant s'interpréter comme une collusion que comme une condition résultant de la structure du marché<sup>127</sup>: «*Disons-le nettement: la Commission ne nous a pas convaincu pleinement de la cohérence de son analyse*»<sup>128</sup>.

Le plus frappant reste qu'à l'instar des conclusions développées dans l'affaire *Matières colorantes*, l'avocat Darmon se dérobe finalement du terrain économique sur lequel il entendait se placer au départ: la «*Cour pourra estimer difficile de fonder son arrêt à intervenir sur le rapport de MM. Fishwick et Cockram*»<sup>129</sup>. Les expertises et argumentaires économiques développés à l'instance permettent toutefois de rejeter l'argumentaire de la Commission en ce que le parallélisme des prix observé «*peut être expliqué*» par la structure même du marché. Comme l'indique encore la Cour: «*Au terme de cet exposé, il y a lieu de constater qu'en l'espèce l'explication du parallélisme de comportement par la concertation n'est pas la seule plausible*»<sup>130</sup>. Somme toute, c'est en relevant certaines illégalités procédurales, de même que des contradictions matérielles que la Cour censure la décision de la Commission.

Par exemple, pour établir que les prix étaient fixés de façon parallèle entre 1975 et 1981, la Commission affirme qu'il ne devait pas exister de modification sensible des parts de marché entre entreprises. Or il s'avère, pour la période de 1979 à 1980, qu'une évolution sensible de parts de marché avait été constatée. Mais surtout, la Commission aurait manqué de répondre de manière satisfaisante à l'ensemble des argumentaires formulés par les requérantes, alors même qu'elles apportaient des justifications à leurs comportements<sup>131</sup>. Ainsi, ce n'est pas à proprement parler sur le terrain de l'argumentaire économique que se focalise le raisonnement de l'avocat général Darmon, car bien qu'il propose une acception

---

<sup>126</sup> Conclusions M. Darmon, *op.cit.*, pt 346.

<sup>127</sup> Bien que l'avocat général affirme que le rapport d'expertise comporte nombre de zones d'ombres, Conclusions M. Darmon, *op.cit.*, pt.433.

<sup>128</sup> Conclusions M. Darmon, *op.cit.*, pt.417.

<sup>129</sup> Conclusions M. Darmon, *op.cit.*, pt.433.

<sup>130</sup> CJCE 31 mars.1993, *Ahlström Osakeyhtiö et autres c/ Commission*, aff.jtes C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, pts 82-126; note, C. Osti, «*Information exchange in the Obscure light of Woodpulp*», *ECLR*, 1994, p.176-182.

<sup>131</sup> Conclusions, M. Darmon, *op.cit.*, pts.435-453, la Cour parle pour ce faire, «*d'adaptation intelligente du comportement des entreprises*», v., en ce sens: CJCE 16 déc.1975, *Suiker Unie e.a./Commission*, aff. 40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 à 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73

sensiblement différente de la qualification de pratique concertée, il manque de préciser en l'espèce les conditions d'application de ces nouveaux standards de qualification.

Quels enseignements tirer en définitive des arrêts *Matières colorantes* et *Pâtes de bois*? D'abord que le juge invoque l'expert non pas pour s'instruire ou s'éclairer, mais pour corroborer un point de vue<sup>132</sup>. Ensuite, que les questions adressées à l'expert le sont de manière à ce que l'interprète ait à disposition des critères d'évaluation de la pratique examinée «*Souvent, les parties joignent à leurs exposés des études économiques et font comparaître des experts. Généralement les économistes sont écoutés attentivement, mais force est de constater que leurs propos, s'ils ne font pas l'objet d'une interprétation, ne sont pas toujours déterminants au profit de la thèse de l'une ou l'autre des parties*»<sup>133</sup>. Faut-il alors en conclure que la trop grande conditionnalité du savoir économique explique le fait que le juge fasse si peu appel aux experts? Sans doute. Il reste que l'expertise s'avère nécessaire en tant qu'elle permet de corroborer un point de vue dans des situations où il n'existe pas de preuves matérielles autres que celles que sont susceptibles d'apporter les modèles économiques. En tout état de cause, interpréter la production d'argumentaires économiques comme le signe d'un processus scientifique aboutissant à davantage de rigueur argumentative est un argument largement sujet à caution<sup>134</sup>. À l'instar du juge, les parties font elles aussi appel aux économistes dans le but de conforter leurs prétentions. Recourir aux services d'un économiste ne se fait pas n'importe comment; il faut encore que son discours soit utile à la stratégie juridique envisagée. On focalisera la démonstration sur les autorités de la concurrence et le juge.

---

<sup>132</sup> V. aussi en ce sens, la justification du TPICE, dans les affaires *Deree* et *Fiatagri préc.*

<sup>133</sup> H. LEGAL, «Le juge et les instruments de l'analyse économique», *RCC*, n°134, 2003, p.16-19. Ainsi que l'indique par exemple l'arrêt *General Electric* où, devant le juge, les parties avançaient des argumentaires opposés, l'un tiré pour la Commission, du modèle de Cournot; l'autre récusant ce modèle au cas d'espèce: «(...) Sans qu'il soit besoin d'apprécier en détail, dans le cadre de la présente procédure, ni le bien-fondé des conclusions auxquelles les différents économistes sont arrivés ni le poids relatif de l'analyse des professeurs Nalbeuff, Rey, Shapiro par rapport à celle du professeur Choi, il est permis d'en déduire que la question de savoir si des effets Cournot auraient donné lieu à une incitation dans le chef de l'entité fusionnée à pratiquer des ventes groupées mixtes en l'espèce est un sujet de controvers (...)

TPICE, 14 déc.2005, *General Electric c/Commission*, aff.T-210/01, Rec.2005, p.II-5575, *op.cit.*, pt.456.

<sup>134</sup> Pour une illustration de ce point de vue: D. J. GERBER, «Courts as economic expert in European Merger Law», *Fordham. Corp. L. Inst*, 2004, p.475-494.

## **Paragraphe 2: L'argumentaire économique dans la stratégie des autorités de la concurrence et des juges**

La Commission et les parties font parfois appel aux services d'économistes afin de conforter leurs allégations. D'abord, il convient de montrer l'usage instrumental des moyens probatoires utilisés par la Commission. L'argumentaire économique ne vient généralement qu'en complément d'autres preuves matérielles (A). Ensuite, s'interroger sur la confrontation d'argumentaires contradictoires: existe-t-il un cadre qui permettrait d'expliquer qu'un argumentaire soit réfuté par préférence à un autre (B).

### A- L'argumentaire économique parmi les autres moyens de preuve

Dans le but de conforter leurs thèses, les parties instrumentalisent les moyens de preuve dont elles disposent. L'argumentaire économique n'échappe pas à cette contrainte: c'est moins la rigueur méthodologique des données collectées que leur adéquation aux prétentions des parties qui importe (a). Si l'on se penche plus avant sur l'importance de l'argumentaire économique au sein de cette masse probatoire, on se rend compte qu'elle ne vient qu'en complément de preuves matérielles (b).

a- L'adéquation des preuves aux prétentions des parties: corollaire de la liberté probatoire

On a jusqu'ici employé le mot preuve de façon générique. En réalité, il existe, en droit de la concurrence, différents modes de preuve qui vont des documents écrits aux témoignages oraux en passant par les argumentaires économiques. La liberté probatoire qu'instaure le droit de la concurrence admet en effet un vaste champ de preuves possibles. Pour autant, si les données rassemblées au soutien d'une prétention abondent, cela ne veut pas dire que le juge exerce à leur égard un contrôle méthodologique minutieux<sup>135</sup>. Ce qui revient à dire que l'exactitude des informations importe moins que la cohérence de la thèse dans laquelle ils s'insèrent. En pratique, la Commission se procure les informations dont elle a besoin soit en

---

<sup>135</sup> Bien entendu, sauf cas d'erreur manifeste comme l'illustre par exemple l'affaire *Kali*: CJCE, 14 mai.1975, *Kali und Salz AG et Kali Chemie AG c/ Commission*, aff.jtes C-19 et 20/74, Rec.1975, p.499; concl. J-P. Warner, p.529-531

s'adressant, lors de la phase d'enquête, aux entreprises concernées, soit encore à des organismes tiers<sup>136</sup>. À ce titre, elle dispose de la possibilité de s'adresser à des organismes professionnels ou des services ministériels; elle peut du reste, choisir de s'appuyer sur divers autres documents techniques, voire statistiques<sup>137</sup>. Elle peut enfin, choisir d'entendre oralement différentes déclarations recueillies lors d'enquêtes. En théorie donc, les textes attribuent à la Commission une grande liberté probatoire. En pratique cependant, d'autres types de contraintes telles que la capacité budgétaire, les ressources en personnel, le temps ou encore les risques contentieux futurs, conditionnent la stratégie de la Commission<sup>138</sup>; et c'est précisément en fonction de ces diverses contraintes qu'elle juge opportun de se tourner ou pas vers les économistes.

Une première phase consiste à évaluer les risques concurrentiels d'un comportement d'entreprise. Par exemple, en matière de contrôle des concentrations, le rôle de l'économiste sera quasi inexistant durant la Phase I, c'est-à-dire celle de la procédure simplifiée par laquelle la Commission décidera d'autoriser une opération de concentration sans davantage approfondir l'examen<sup>139</sup>. Avant cette phase, des négociations informelles se déroulent avec les autorités de la concurrence qui permettent de débattre sur les risques éventuels de concurrence que présente l'opération envisagée. C. Decker souligne que durant cette phase de négociation, la présence d'économistes au soutien des parties peut apparaître suspecte aux yeux de la Commission<sup>140</sup>. Dans l'hypothèse où, en prévision d'un risque contentieux futur, les entreprises ont recours aux services d'économistes durant cette phase, la Commission n'est pas mise au courant. Les données utilisées à ce stade sont donc très générales<sup>141</sup>: elles se

---

<sup>136</sup> Pour des décisions mentionnant expressément les sources résultant d'enquêtes: Déc. 89-D-05 du 24 janv.1989; Dec. 93-D-14 du 18 mai.1993, *relative à des pratiques de la société des Pompes funèbres du Sud-Est (Roblot) à Cannes et dans les communes limitrophes*; CA Paris, 18 janv.1995

<sup>137</sup> L. BIDAUD, *La délimitation du marché pertinent en droit français*, *op.cit.*, p.275.

<sup>138</sup> V. en ce sens: Règlement CE, n°773/2004 de la Commission, du 7 avr.2004, relatif aux procédures mises en œuvre en application des articles 81 et 82 du traité CE, JOUE, n° L123/18 du 27 avr.2004, art.17. Très fréquemment, la matière première dont dispose l'autorité de la concurrence reste l'information acquise auprès des entreprises poursuivies ou plaignantes. Ceci n'est d'ailleurs pas sans risque éventuel de situations de «capture» ou d'asymétrie et ce, d'autant que l'article 2 du règlement de procédure impose à la Commission, lors de l'ouverture d'une enquête, d'en informer préalablement les parties, lesquelles ont tout le loisir de dissimuler les preuves d'éventuelles infractions concurrentielles. V. sur cette question de risques de capture ou d'asymétrie: G. STIGLER, «The Theory of Economic Regulation», *Bell Journal of Economics*, 2, 1971, p.3-21; J-B. AUBY, T. KIRAT avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice: *Le contenu et la portée économiques des règles de droit. Application à la répartition des risques dans les contrats administratifs*, CNRS oct.2003.

<sup>139</sup> Communication de la Commission relative à une procédure simplifiée de traitement de certaines opérations de concentration en application du règlement (CE) n° 139/2004, JO n°C 56 du 5 mars.2005, p.32-35.

<sup>140</sup> C. DECKER, *Economics and the enforcement of European Competition Law*, *op.cit.*, p.110-111.

<sup>141</sup> Le formulaire C annexé au règlement du 7 avr.2004 précité, exige un certain nombre de renseignements dont on peut supposer qu'ils constituent une appréciation préalable de l'infraction supposée laquelle peut être approfondie si nécessaire par les services de la Commission.

résumé en des données statistiques sur la situation du marché en cause et la réduction de concurrence envisagée par l'opération de concentration<sup>142</sup>.

Il existe une multiplicité de raisons qui motivent la Commission à pousser plus avant l'examen d'une opération de concentration. Decker, à nouveau, indique qu'elles tiennent autant dans des considérations politiques qu'économiques, ou simplement en raison du fait que le secteur examiné avait déjà soulevé par ailleurs des problèmes de concurrence<sup>143</sup>. Au terme de la phase I, et si l'opération de concentration présente des doutes sérieux, la Commission procède à un examen plus minutieux. Elle demande alors aux entreprises de se justifier davantage sur les effets économiques de l'opération envisagée, dans le but de discuter la cohérence de leurs argumentaires<sup>144</sup>. Sous le contrôle des représentants des parties, l'économiste entre alors en scène. La clarté rhétorique de son exposé devant la Commission constitue un aspect déterminant du reste de la procédure<sup>145</sup>. Réciproquement, si les services de la Commission ne disposent pas d'un scénario économique clair et solide, capable de contrecarrer l'argumentaire des parties, la concentration aura de fortes chances d'être autorisée<sup>146</sup>. Plus les théories économiques mobilisées sont complexes et moins elles ont de chance d'aboutir.

On mesure combien l'argumentaire économique doit être en adéquation avec les prétentions des parties: *«L'économiste ne détient, en effet, pas les clés de la vérité. Les outils économiques vont permettre de concilier une certaine vision de la réalité, l'économiste travaillera alors au service de l'avocat en fournissant les outils économiques et les analyses rigoureuses qui permettent d'étayer une thèse»*<sup>147</sup>.

L'argumentaire économique ne constitue toutefois pas un élément de preuve exclusif: la Commission se réfère aussi à d'autres données alternatives qui viennent renforcer ses prétentions. La délimitation du marché en cause se calque, par exemple, en droit français, sur la classification proposée par l'INSEE. Cet organisme distingue les secteurs d'activités, lesquels réfèrent à *«(...) des entreprises de fabrication, de commerce ou de service qui ont la*

---

<sup>142</sup> Formulaire CO relatif à la notification d'une concentration conformément au règlement n°139/2004, Annexe I

<sup>143</sup> C. DECKER, *op.cit*, p.113.

<sup>144</sup> A ce niveau, des négociations sont susceptibles de s'engager entre les entreprises et la Commission, notamment en matière d'engagements. Les économistes proposent en ce sens des modèles qui justifient de la viabilité concurrentielle de l'opération de concentration: C. DECKER, *op.cit*, p.115. Pour une illustration: Déc. Commission, 21 nov.2001, *UPM-Kymme/Haindl*, aff.COMP/M.2499, JO, n° L 233 du 30 août 2002, p.38-61; Déc. Commission, 14 mars.2001, *Volvo/Scania*, JO, n° L 143 du 29 mai.2001, p.74-132

<sup>145</sup> C. DECKER, *op.cit*, p.116-117; on peut à cet égard renvoyer à l'examen des argumentaires économiques des parties dans la décision: Déc. Commission, 22 sept.1999, *Airtours/First Choice*, JO, n° L du 13 avr.2000, p.1-33

<sup>146</sup> C. DECKER, *op.cit*, p.122; la décision d'autoriser la concentration *Sony/BMG* en serait pour l'auteur l'exemple type: Déc. Commission, 3 oct.2007, *SONY/BMG*, aff.COMP/M.3333, JO, n°C du 16 avr.2008, p.19-28

<sup>147</sup> L. BENZONI, «L'utilité des outils économiques», *RCC*, n°134, *op.cit*, p.14.

*même activité principale (au regard de la nomenclature d'activité économique considérée). L'activité d'un secteur n'est donc pas tout à fait homogène et comprend des productions ou services secondaires qui relèveraient d'autres items de la nomenclature que celui du secteur considéré. Au contraire, une branche regroupe des unités de production homogènes»<sup>148</sup>. Sur cette base, l'Autorité de la concurrence délimite le marché en cause; généralement, elle s'éloigne, une fois le secteur d'activité identifié, des classifications de l'INSEE<sup>149</sup>.*

L'Autorité est libre cependant d'utiliser les catégories de l'INSEE de façon discrétionnaire<sup>150</sup>. La même liberté s'observe dans le maniement d'études, sondages, ou autres moyens de preuve. Dans la concentration entre *The Coca-Cola company* et le groupe Pernod Ricard<sup>151</sup>, la société *The Coca-Cola Company* produisait différentes études émanant à la fois de l'institut *Research International*, du *Coca-Cola Research institute*, du *Princeton economic group*, du *Secodip group* ainsi que du professeur Glais. Ces études tendaient à démontrer que le marché à prendre en considération était celui des boissons rafraîchissantes sans alcool. En réponse, l'Autorité réfère aux précédents de la Commission dans les affaires *Nestlé/ Perrier* et *Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB*<sup>152</sup>, pour délimiter le marché de façon plus restrictive (boisson gazeuses non alcoolisées). L'étude sur laquelle s'appuyait la Commission dans les deux décisions précitées, datait de 1996 et avait été réalisée sur un échantillon de consommateurs anglais alors même que le marché examiné en l'espèce est celui de la France.

On pourrait multiplier les exemples de ce type<sup>153</sup>: dans le but de délimiter le marché en cause, une autre décision de 1997 se réfère à l'étude produite par *Canadean*, entreprise

---

<sup>148</sup> Ces définitions peuvent se trouver sur le site de l'INSEE: <http://www.insee.fr/fr/methodes> à l'occurrence «secteur d'activité».

<sup>149</sup> En effet, L'INSEE considère qu'un secteur d'activité est composé de sous-classes ou «branche d'activité»: «Une branche (ou branche d'activité) regroupe des unités de production homogènes, c'est-à-dire qui fabriquent des produits (ou rendent des services) qui appartiennent au même item de la nomenclature d'activité économique considérée. Au contraire, un secteur regroupe des entreprises classées selon leur activité principale». On comprend bien à partir de cette définition, que les marchés, s'ils sont délimités doivent l'être en fonction du critère d'homogénéité des biens ou services considérés. Or ces derniers ne sont pas toujours considérés comme «homogènes» si par ce terme, nous désignons le fait que des biens ou des services provenant d'entreprises diverses, sont perçus de façon identique du point de vue des consommateurs. Pour un exposé de ces conditions: D. W. CARLTON, J. M. PERLOFF, *Economie industrielle*, trad. F. Mazerolles, De Boeck, 1998, p.316.

<sup>150</sup> Dec. 94-D-41, 5 juil.1994; Dec. 95-D-39, 30 mai.1995; CA Paris, 19. juin 2007, BOCCRF, n°6, 2007, p.1005

<sup>151</sup> Avis n°98-A-09, 29 juil.1998

<sup>152</sup> Dec. Commission 97/540/CE, *Coca-Cola/ Amalgamated Beverages G.B*, 22 janv.1997, aff. n°IV/M.794

<sup>153</sup> Par ex, dans l'affaire *Airtours*, le Tribunal s'est fondé pour examiner la structure du marché du secteur du voyage, sur un rapport de la *Monopoly Merger Commission* anglaise datant de 1997 alors que l'affaire était rendue en 2002. En se fondant sur cette étude, le Tribunal ruinait l'argument de la Commission indiquant que la structure du marché du voyage avait sensiblement évolué. On peut remarquer ici encore, que le Tribunal n'a pas mis en cause les données de fournies par l'autorité de concurrence anglaise. Au contraire, celle-ci lui servent à critiquer le raisonnement de la Commission. Ces données fournies par le MMC sont sujettes à interprétation. Le Tribunal le souligne d'ailleurs lui-même: «En outre, il y a lieu de relever que la MMC a également analysé dans son rapport la tendance croissante à l'intégration verticale et a estimé qu'elle constitue un phénomène ayant

consultante spécialisée dans l'industrie du secteur de la boisson<sup>154</sup>. L'étude avance un certain nombre d'indicateurs qui amènent à distinguer une différence de croissance entre le marché des boissons gazeuses, le marché des boissons gazeuses sans alcool et les autres marchés de boissons. De là, la Commission déduit la spécificité d'un marché de boissons gazeuses sans alcool: «*La Commission reconnaît que Canadean a sélectionné des prix au détail qui ne couvrent pas l'ensemble des circuits de distribution et des emballages. (...) Il n'est donc pas déraisonnable de penser que les prix Canadean traduisent l'évolution générale des prix des boissons gazeuses sans alcool, des jus et des eaux préemballées (...) De plus, il est clair que les boissons gazeuses sans alcool sont plus chères que le lait, le thé et le café, ce qui indique que les boissons gazeuses sans alcool constituent un marché de produits en cause distinct de celui de toutes les boissons sans alcool. Toutefois, les eaux ne présentent pas les mêmes caractéristiques que les boissons gazeuses sans alcool puisque, par exemple, on n'y ajoute pas de sucre*»<sup>155</sup>.

Les réserves de l'étude *Canadean* n'empêchent pas pour autant la Commission de s'y référer dans le but de circonscrire le marché en cause aux boissons gazeuses sans alcool. Mieux encore, elles n'empêchent pas la Commission de s'appuyer de manière générale sur «*[Certaines études]*»<sup>156</sup> pour prouver que les heures de consommation entre les boissons gazeuses sans alcool et les autres types de boissons, entraînent des habitudes qui justifient la délimitation retenue<sup>157</sup>. Peu importe, lorsqu'il s'agit de sondages, d'étude statistique ou d'enquête de satisfaction, le degré d'exactitude des éléments probatoires<sup>158</sup>. Ce qui compte au

---

*autant de chances de stimuler la concurrence que de la freiner (voir point 2.193 du rapport de la MMC). En particulier, la MMC a conclu que les effets anticoncurrentiels de l'intégration verticale étaient faibles, en 1997, compte tenu du niveau de concentration du secteur.»* L'interprétation des données fournies par le MMC est donc question de point de vue: le Tribunal aurait très bien pu prendre l'exact contre-pied de l'interprétation donnée par la MMC et soutenir l'argumentaire structuraliste de la Commission. (v. pts.93-107); TPICE 6 juin.2002, *Airtours/Commission*, T-342/99. Dans le même sens: Déc. n°10-D-12 du 15 avr.2010, *relative à des pratiques mises en œuvre par la société Hypromat France SAS dans le secteur du lavage automobile par haute pression*. Sont discutées dans cette décision, les données statistiques fournies par des entreprises sur la détermination de parts de marché en l'absence de statistiques officielles ou de données publiques fiables, pts.73-77.

<sup>154</sup> Dec. Commission, 11 sept.1997, *The Coca-Cola company/Carlsberg/A/S*, aff. N°IV/M.833

<sup>155</sup> Dec. Commission, *op.cit.*, pts.34-35.

<sup>156</sup> Déc. Commission, *op.cit.*, pts.37-38. On suppose que des données sous forme de tableau ont été fournies. On remarque cependant que la Commission n'en mentionne pas expressément la source dans la décision rendue.

<sup>157</sup> Comme la Commission l'indique: «*Certaines études montrent que les heures auxquelles on consomme les boissons gazeuses sans alcool ou les autres boissons sans alcool ne sont pas les mêmes. Ces études et des analyses du même type montrent que les boissons gazeuses sans alcool sont souvent consommées pendant les heures de loisir, contrairement aux autres boissons sans alcool qui, elles, sont prises dans un but plus précis. Les habitudes de consommation différentes en ce qui concerne les boissons gazeuses sans alcool et les autres boissons sans alcool montrent donc qu'elles ne font pas partie d'un seul et même marché de produits.*»

<sup>158</sup> L'analogie peut être constatée dans l'affaire *Metro c/Commission* 25 oct.1977, aff. 26/76 où les conclusions de l'avocat général mentionnent deux études différentes réalisées par Metro et la firme SABA, tentant soit de montrer, soit d'infirmer des différences de prix entre négociants: conclusions présentées par M.Reischl, le 9 juin.1977, Rec.1977, p.1933. La même souplesse d'utilisation des preuves se retrouve dans une décision prise



contraire, c'est d'examiner la cohérence des preuves au regard de la thèse défendue<sup>159</sup>. Dans de nombreux cas, les données sur lesquelles se base la Commission manquent<sup>160</sup>.

b- L'argumentaire économique, moyen de preuve subsidiaire?

Entre toutes ces modalités de preuve, existe-t-il une hiérarchie implicite, autrement dit, est-ce que la Commission accorde davantage d'importance aux preuves matérielles, qu'aux modèles économiques? Decker soutient sur cette question que les preuves documentaires prévalent sur les argumentaires économiques et non l'inverse. Il s'appuie en ce sens, sur les enseignements de l'affaire *Gencor*. Afin de démontrer les risques d'oligopoles qui résulteraient de l'achat du Britannique *Gencor* par le Sud-africain *Lonrho*, la Commission s'est certes fondée sur un scénario économique, mais elle a aussi corroboré son argumentaire par des preuves matérielles: témoignages de l'ancien directeur général de *Lonrho*, documents de travail officiels de l'administration sud-africaine, documents internes de *Lonrho* et d'*Implats*, caractère très concentré du marché sud-africain, etc.<sup>161</sup> De même, dans le but de sanctionner les comportements d'armateurs européens, réunis en conférence maritime sur le marché ouest-africain, la Commission accorde dans son raisonnement la priorité aux réunions de preuves matérielles (preuve d'échanges, correspondances entre les conférences)<sup>162</sup>. Dans

---

par la Commission relative à l'application de l'article 81 CE. Il s'agissait d'une plainte introduite dans le secteur des produits pharmaceutiques à l'encontre d'une modification du système de vente de Glaxo Wellcome SA en Espagne. Deux études économiques ont été produites par l'entreprise Glaxo Wellcome pour démontrer l'incidence de d'importations parallèles. Ces études étaient réalisées par le Cabinet de consultance London Economics et dénommée «Rey 1». Des études supplémentaires ont été fournies tant par les entreprises plaignantes que par la Commission. Pour les premières il s'agit d'études produites par MM Corchón et Marin; quant à la Commission, il s'agit d'études fournies par le cabinet de consultance Fontier economics. Rien n'est dit sur la valeur empirique, statistique et plus généralement scientifique de telles études. Déc. Commission du 8.mai 2001, *Glaxo Wellcome*, IV/36.957/F3, IV/36.997/F3 *Aseprofar et Fedifar*, IV/37.121/F3, *Spain Pharma*, IV/37.138/F3 *BAI*. De même, s'agissant de la concentration entre Nestlé et Perrier, la Commission mobilise un certain nombre d'études pour parvenir à délimiter un marché des eaux de sources embouteillées. Elle invoque par exemple, une étude réalisée par l'institut français de démoscopie pour la société Evian en octobre 1991. Cette étude montrerait les principales raisons qui conduisent à conclure que le consommateur français considère l'eau minérale comme un produit particulier. De leur côté, les parties produisent une étude de Lexecon, cabinet spécialisé dans le consulting en entreprise, qui, selon la Commission, irait dans le même sens que l'étude de l'institut français de démoscopie précité. Comment ces études sont-elles réalisées, quels types d'échantillon de population sont pris en considération pour permettre d'affirmer la solidité des conclusions avancées, nul ne le sait vraiment: v., par ex: Déc.Commission, 22 juil.1992, *Nestlé/Perrier*, aff.COMP/IV.190, JO, n° L 356, du 5 déc.1992, p.1-31. Pour un point de vue analogue: C. DECKER, *Economic and the enforcement of European Competition Law*, *op.cit*, p.123-126.

<sup>159</sup> Déc. Commission, 21 déc.1993, *Pilkington-Techint/SIV*, aff.IV M.358, JO, n° L 158 du 25 juin.1994, p.24-40; Déc. Commission, 29 sept.1999, *Exxon/Mobil*, aff.IV/M.1383, JO, n° L 103 du 7 avr.2004, p.1-136, pt.604; Déc. Commission, 14 mars.2000, *Alcan/Alusuisse*, aff.COMP/M.1663, JO, n° L 90 du 5 avr.2002, pt.97.

<sup>160</sup> C. DECKER, *Economics and the Enforcement of European Competition Law*, *op.cit*, p.81.

<sup>161</sup> Déc. Commission, 24 avr.1996, *Gencor/Lonrho*, aff.n°IV/M.619, JO, n° L 11 du 14 janv.1997, p.30-72

<sup>162</sup> Déc. Commission, du 23 déc.1992, *Cewal, Cowac, Ukwal*, IV/32.448 et IV/32.450, JO, n° L n°34 du 10 févr.1993, p.20-43; Déc. Commission, 7 juin.2000, *Acides aminés*, 2001/418/CE, JO, n° L 52 du 7 juin.2001 p.

une autre décision, l'argumentaire économique invoqué par les parties afin de démontrer l'effet minime d'un comportement sur la concurrence est rejeté par la Commission<sup>163</sup>. Celle-ci estime que la démonstration d'une preuve économique ne peut à elle seule contrebalancer un ensemble d'appréciations factuelles telles que la découverte de documents tendant à prouver l'existence d'une entente. Comme l'indique la décision: «*Quant à l'étude sur les prix réalisée par la société de conseil économique, elle n'a qu'une valeur probante limitée face aux preuves documentaires de fixation des prix et de répartition du marché recueillies par la Commission. L'auteur de l'étude a admis franchement lors de l'audition que ses conclusions n'excluaient en rien l'existence d'une entente*»<sup>164</sup>. Toutes ces illustrations accréditent la thèse selon laquelle il existerait une hiérarchie probatoire instituée par la Commission: ce n'est qu'à défaut de la réunion de preuves matérielles dont on peut directement déduire une intention délictuelle, qu'il sera fait appel aux argumentaires économiques<sup>165</sup>. À l'évidence, ce sont là des contraintes qui nuancent d'autant la force probatoire des argumentaires économiques.

## B- La confrontation des argumentaires économiques

Existe-t-il devant la Commission, des exigences en matière d'argumentaires économiques? Ce premier point mérite d'être abordé (a) avant d'en venir à la confrontation des argumentaires devant le juge (b).

### a- Les argumentaires économiques devant la Commission

Au regard des développements précédents, il va de soi que n'importe quel argumentaire économique ne peut avoir des chances d'être valable aux yeux de la Commission<sup>166</sup>. Il y a lieu de préciser que l'économie qui se pratique au travers des argumentaires n'est, pour ainsi dire, pas une l'analyse économique sophistiquée. De façon

---

24-72, pts.285-290; Déc. Commission, 5 déc.2001, *Acide citrique*, 2002/742/CE, JO, n° L 239 du 6 sept.2002 p.18-65. Sur cette question: C. DECKER, *op.cit*, p.134.

<sup>163</sup> Déc. Commission, 16 févr.1994, *producteurs européens de poutrelles*, 94/215/CECA, JO, n° L 116 du 6 mai.1994 p.1-62

<sup>164</sup> Déc. Commission, 13 juil.1994, *Carton*, 94/601/CE, JO, n° L 243 du 19 sept.1994 p.1-78

<sup>165</sup> C. DECKER, *op.cit*, p.133-134. L'auteur affirme qu'avant de s'engager dans une procédure d'infraction pour violation de l'article 102, la Commission préfère être saisie d'une plainte dans le but de s'assurer de la solidité de son argumentation.

<sup>166</sup> Par ex, des données rendant compte de l'état du marché allemand de polypropylène dans la démonstration d'un accord enfreignant l'article 85 du traité de Rome: Déc. Commission, 23 avr.1986, *Polypropylène*, 86/398/CEE, JO, n° L 230 du 18 août.1986 p.1-66; Déc. Commission, 11 mars.1998, *Van den Bergh Foods Limited*, JO, n° L 246 du 4 sept.1998 p.1-50

ordinaire, il s'agit de données relatives à l'élasticité de la demande, à l'évolution des prix, des coûts, des marges ainsi qu'à l'examen d'une concurrence potentielle<sup>167</sup>; plus rarement, de modèles fondés sur des théories sophistiquées telles que la théorie des jeux.

Par sa pratique décisionnelle, la Commission érige un seuil d'exigence rhétorique à la production de preuves de nature économique. Ce faisant, elle définit un cadre d'argumentaires admissibles dont on peut tracer les contours au travers des questions suivantes: l'argumentaire proposé est-il en lien avec les faits d'espèce? Est-il trop complexe? S'inscrit-il dans un courant de pensée économique «dominant»? Ce sont là quelques questions qui servent de filtre à la pertinence des argumentaires présentés par les parties<sup>168</sup>. La Commission elle-même en intégrant de nouvelles théories enrichit d'autant les déclinaisons possibles des argumentaires économiques admissibles. Tel est le cas d'une décision prise dans le secteur de l'aluminium en matière de concentration et qui avance un argumentaire fondé sur la théorie des jeux. Ce cadre d'analyse est appliqué en l'espèce afin de justifier l'effet anticoncurrentiel qui résulterait de la création, par deux concurrents, d'une même entreprise tierce *«que l'entité issue de la concentration aura des capacités plus importantes et disposera de facto de mécanismes de représailles (en de la structure du marché qui devrait émerger à la suite raison de la façon dont Norf fonctionne) dissuadera VAW d'engager une guerre des prix»*<sup>169</sup>. En matière d'oligopole coopératif, il est pourtant arrivé qu'un argument similaire, tiré de la théorie des jeux, ait été rejeté par la Commission comme trop complexe. Tel fut le cas lorsque plusieurs entreprises poursuivies avançaient, en vue de justifier entre elles des échanges

---

<sup>167</sup> C. DECKER, *op.cit.*, p.81-82.

<sup>168</sup> Il faut insister par ailleurs sur le fait que la production d'argumentaires économiques est tributaire des idéologies dominantes. Si l'on prend le domaine des concentrations, il va sans dire que la pratique décisionnelle de la Commission qui exigeait, en cas de fusion à risque, la vente de certains actifs, a aujourd'hui été quelque peu modifiée sous l'influence du TPIUE et du nouveau règlement en la matière. Ainsi, les entreprises doivent désormais démontrer des gains d'efficacité qui résultent d'une opération de concentration. Ce nouveau cadre plus souple nécessite aussi de fournir nombre d'argumentaires économiques supplémentaires. On peut utilement comparer les décisions rendues sous l'empire du règlement 4064/89 à celles du nouveau règlement 139/2004: Déc. Commission, 2 oct.1991, *Aérospatial-Aliéna/De Havilland*, 91/619//CEE, JO, n°L n°334, p.42-61; Déc. Commission, 9 nov.1994, *MSG Media Service*, 94/922/CE, JO, n° L 324 du 31 déc.1994, p.1-20; Déc. Commission, 28 juin.1991, *Dräger/IBM/HPM*, aff. IV/M101, JO, n° C 236 du 11 sept.1991; Déc. Commission, 19 juil.1995, *Nordic Satellite Distribution*, 96/177/CE, JO, n° L 53 du 2 mars.1996; Déc. Commission, 20 sept.1995, *RTV/Veronica/Endemol*, 96/346/CE, JO, n° L 134 du 5 juin.1996; Déc. Commission, 4 déc.1996, *Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM*, 97/610/CE, JO, n° L 247 du 10 sept.1997, p.1-46; Déc. Commission, 24 avr.1996, *Gencor/Lonrho*, 97/26/CE, JO, n° L 11 du 14 janv.1997, p.30; Déc. Commission, 30 juil.1997, *Boeing/McDonnell Douglas*, JO, n° L 336 du 8 déc.1997; Déc. Commission, 30 juil.2001, *General Electric/Honeywell*, 2004/134/CE, JO, n° L 48 du 18 févr.2004, p.1-85. Par contraste: Déc. Commission, 7 mai.2009, *Magna/Cadence Innovation*, JO, n° C 191 du 14 août.2009, p.3; Déc. Commission, 30 avr.2009, *General Motors/Delphi Steering Business*, JO, n° C 186 du 8 août.2009; Déc. Commission, 3 août.2009, *OAO Lukoil/TRN*, JO, n° C 185 du 7 août.2009, p.4; Déc. Commission, 19 août.2009, *Uroports Holdings/Benelux Port Holdings*, aff. COMP/M.5581

<sup>169</sup> Déc. Commission, 14 mars.2000, *Alcan/Alusuisse*, 2002/244/CE. V. aussi en matière d'abus de position dominante, un moyen de preuve se fondant sur l'effet «réseau» concernant des pratiques mises en œuvre par la poste Belge: Déc. Commission, 5 déc.2001, *La Poste*, 2002/180/CE, JO, n° L 61 du 2 mars.2002 p.32-53

d'informations, un argumentaire économique tiré du dilemme du prisonnier. Sans se livrer à une réfutation très poussée des argumentaires produits la Commission indique que: «(...) les jeux entre les oligopolistes ne sont pas simples à résoudre car beaucoup d'éléments d'incertitude entrent en ligne de compte et pas seulement la rétorsion possible de tel ou tel autre acteur»<sup>170</sup>.

La complexité dissuade aussi en matière de concentration, de recourir aux tests économétriques en raison de leur trop grande incertitude<sup>171</sup>. Lors de l'examen de l'affaire *Volvo/Scalia*, la Commission a commandité une étude économétrique dans le but d'évaluer l'effet de la concentration sur différents marchés nationaux. L'étude était basée sur un modèle dit «logit-imbriqué»; ses résultats ainsi que ses prémisses méthodologiques restaient toutefois très contestés par les parties. Face à cette opposition, la Commission décide que «(...) le recours à ce type d'étude est une démarche relativement nouvelle dans le contrôle communautaire des concentrations. En outre, Volvo a contesté la validité de l'étude dans sa réponse, arguant que l'analyse était affectée de défauts graves et que ses résultats n'étaient pas fiables. Bien que les professeurs Ivaldi et Verboven aient répondu à ces critiques, Volvo conteste toujours certains des éléments fondamentaux de l'étude. Eu égard au caractère innovateur de la méthode et à l'ampleur du désaccord, la Commission ne fondera pas son appréciation sur les résultats de l'étude»<sup>172</sup>. Encore une fois la clarté du propos de l'économiste constitue un élément important de sa prise en considération. Il n'est pas rare à ce titre, que les services économiques de la Commission relatent leurs exposés de façon très simplifiée<sup>173</sup>.

Outre la clarté rhétorique, la Commission insiste aussi sur l'adéquation de l'argumentaire aux faits d'espèce: «l'utilité d'un modèle théorique n'a que l'utilité de l'information qu'il doit servir à analyser. L'économiste consultée a admis, au cours de l'audition, qu'elle n'avait même jamais vu les documents joints à la communication des griefs. L'expert n'avait pas non plus connaissance des preuves écrites de consultations entre ICI et Solvay qui devaient réduire l'incertitude quant à leur réponse au comportement de l'autre, ce qui ne cadre pas avec la théorie de la «non-coopération». La conclusion du rapport (...) a donc été tirée sans que soient prises en considération toutes les preuves en la matière»<sup>174</sup>.

---

<sup>170</sup> Déc. Commission, 30 nov.1994, *Ciment*, 94/815/CE, JO, n° L 343 du 30 déc.1994 p. 1-158; pour un point de vue sur cette décision: H. DUMEZ, A. JEUNEMAÎTRE, «Rôle et Statut de l'économiste dans les affaires de concurrence», *Rev.éco*, n°6, 2001, p.1279-1299.

<sup>171</sup> C. DECKER, *Economics and the enforcement of European Competition Law*, *op.cit*, p.121-122.

<sup>172</sup> Déc. Commission, 14 mars.2000, *Volvo/Scania*, JO, n° L 143 du 29 mai.2001, p.74-132, pt.75.

<sup>173</sup> C. DECKER, *op.cit*, p.122.

<sup>174</sup> Déc. Commission, 19 déc.1990, *ICI, Solvay*, 91/297/CEE, JO, n° L 152 du 15 juin.1991 p. 1-15

L'argumentaire est aussi rejeté lorsqu'il a pour but de justifier une infraction *per se*: la preuve d'une concertation qui enfreint l'article 101 TFUE, s'oppose en ce sens à toute forme de justification possible. La Commission rejette en ce sens l'argumentaire tiré du modèle de «Selten» s'agissant d'une entente prouvée sur le marché de lysine<sup>175</sup>. Une autre décision rejette l'argumentaire fondé à la fois sur la théorie économique du «noyau» et celle des «marchés contestables». Ces théories permettaient aux requérantes de se prévaloir du §3 de l'article 101, dans la mise en œuvre d'accords anticoncurrentiels dans le secteur maritime. Respectivement tirées des modèles de Pirrong, Sjostrom et Davies, ces théories étaient censées apporter la preuve de l'instabilité du marché propre au secteur maritime en matière de fixation des prix. Elles sont néanmoins écartées par la Commission: d'une part, en raison du fait que les hypothèses de la théorie du «noyau» sont jugées irréalistes; d'autre part, en raison du fait que la théorie du noyau et celle des marchés contestables relèvent de «travaux (...) hétérodoxes»<sup>176</sup>. Prenant appui sur une littérature économique plus «orthodoxe», la Commission réfute dans un second temps, la pertinence théorique et empirique des modèles présentés par les entreprises<sup>177</sup>. Elle estime que la théorie des marchés contestables est «contestée par de nombreux économistes»<sup>178</sup>.

De l'ensemble de ces illustrations, il ressort que la production d'argumentaires économiques répond d'un certain nombre d'exigences rhétoriques minimales. Tout modèle doit correspondre au minimum au cas d'espèce; si cette première condition est remplie, la Commission examine plus avant la pertinence de l'argumentaire. Elle peut en ce sens choisir d'en critiquer les prémisses, voire s'appuyer sur des opinions économiques jugées dominantes<sup>179</sup>. Enfin, un argumentaire, quel qu'en soit la pertinence, reste inopérant dans l'hypothèse d'une infraction *per se*<sup>180</sup>. Tout récemment, la Commission vient de publier sur l'ensemble de ces questions, un document de bonnes pratiques censées encadrer la production d'argumentaires économiques<sup>181</sup>. Une première section prescrit des recommandations pratiques dans la présentation des modèles ainsi que des analyses économétriques; une

---

<sup>175</sup> Déc. Commission, 7 juin.2000, *Acides aminés*, 2001/418/CE, JO, n° L 52 du 7 juin.2001, pts.24-72; pts.285-290. Pour une illustration similaire: Déc.Commission, 5 déc.2001, *Acide citrique*, 2002/742/CE, JO, n° L 239 du 6 sept.2002 p.18-65

<sup>176</sup> Déc. Commission, 16 sept.1998, *Trans-Atlantic Conference Agreement*, 1999/243/CE, JO, n° L 95 du 9avr.1999, p.1-112; Déc.Commission, 30 avr.1999, *Europe Asia Trades Agreement*, 1999/485/CE, JO, n° L 193 du 26 juil.1999 p.23-60

<sup>177</sup> Déc. Commission, *Trans-Atlantic Conference agreement*, *op.cit.*, pts.341-349.

<sup>178</sup> Déc. Commission, *op.cit.*, pts.349-357.

<sup>179</sup> Déc. Commission, *Ciment*, *op.cit.*

<sup>180</sup> Déc. Commission, *Lysine*, *op.cit.*

<sup>181</sup> DG COMP *Best Practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 TFEU and in Merger Cases*, p.1-20.

seconde partie traite de la manière appropriée dont il convient de formuler les informations demandées par la Commission. Le document consolide l'exigence probatoire des argumentaires économiques: formulation précise du problème, pertinence des données statistiques et économétriques, clarté de l'exposé, robustesse des analyses, caractère consensuel de la théorie dans le champ scientifique, etc. Autant de critères qui renforcent le degré d'admission probatoire freinant du même coup, la généralisation excessive du discours économique dans l'interprétation du droit de la concurrence. Le juge n'est pas non plus de reste dans la mise en œuvre de ce jeu probatoire.

#### b- Le rôle du juge dans la production des argumentaires économiques

De la même manière que pour l'autorité de la concurrence, on pourrait s'interroger sur l'attitude du juge à l'égard des argumentaires économiques. Le juge, en effet, ne formule pas de prétention; il se contente d'en apprécier la pertinence: «*Tout outil reste acceptable dans la mesure où n'existent pas de contradictions internes à la décision, où [la Commission] ne change pas son fusil d'épaule selon les besoins aux différents stades de raisonnement*»<sup>182</sup> À ce titre, le contrôle qu'exerce le juge sur la charge de la preuve est déterminant. Mais ce contrôle s'avère aussi déterminant dans l'admission de la nature des preuves avancées. Comme l'évolution de ce contrôle a déjà été abordée par ailleurs<sup>183</sup>, on se contentera de souligner que certains contentieux, tels le contrôle des concentrations ou la position dominante collective, font appel à des argumentaires économiques poussés. Le juge joue à cet égard un rôle fondamental puisque, comme on l'a dit, c'est lui qui détermine la charge de la preuve.

La jurisprudence *Airtours* a par exemple alourdi la charge de la preuve sur les autorités de la concurrence. Il en est de même en matière de concentration s'agissant des jurisprudences *Tetra Laval* ou *Schneider Electric*<sup>184</sup>. Dans toutes ces affaires, la stratégie des parties a consisté à critiquer la solidité des argumentaires économiques de la Commission en rapport avec la qualification proposée. Le juge s'est appuyé, dans l'arrêt *Airtours*, sur la critique

---

<sup>182</sup> H. LEGAL, «Le juge et les instruments de l'analyse économique», *op.cit.*, p.18.

<sup>183</sup> V. Première partie, Chapitre 1.

<sup>184</sup> TPICE, 6 juin.2002, *Airtours plc c/Commission*, aff.T-342/99, Rec.2002, p.II-258, note, note P. Arhel, *LPA*, 2002, n°148, p.27-295; note S. Stroux, *Eur. L. Rev.*, 2002, p.736-746; note C. Vilmart, *JCP E*, 2002, p.1209-1213; TPICE, 22 oct.2002, *Schneider Electric c/Commission*, aff.T-310/01, Rec.2002, p.II-4071, note J. Temple Lang, *Eur. L. Rev.*, 2003, p.259-272; note J-M. Thouvenin, «Après l'arrêt *Airtours*, trois nouveaux avertissements à la Commission», *RMCUE*, 2003, p.12-20; TPICE, 25 oct.2002, *Tetra Laval c/Commission*, aff.T-5/02, Rec.2002, p.II-4381, note N. Jalabert-Doury, *RDAI*, 2005, p.499-501; v. aussi, TPICE, 14 déc.2005, *General Electric c/ Commission*, aff.T-210/01, Rec.2005, p.II-5575, note J-M. Cot, *Concurrences*, 2006, n°1, p.155-157; note I. Girgenson, *RLC*, n°6, 2006, p.14-15; note L. Idot, *Europe*, févr.2006, Etude n°2, p.4-7.

formulée à l'encontre du risque de position dominante collective pour refonder les exigences probatoires de cette catégorie<sup>185</sup>. Alors que la Commission avance la thèse selon laquelle l'acquisition de *First Choice* par *Airtours* aurait pour conséquence de limiter la concurrence, la requérante opte pour une stratégie qui critique l'insuffisante motivation de la Commission: «(...) il incombe à la Commission de prouver que, eu égard aux caractéristiques du marché de l'organisation de vacances à forfait vers des destinations proches pour les Britanniques et compte tenu de l'opération notifiée, son autorisation aurait entraîné la création d'une position dominante collective restrictive de concurrence, dès lors qu'*Airtours/FirstChoice*, *Thomson* et *Thomas Cook* auraient le pouvoir, qu'ils n'avaient pas auparavant, d'adopter une même ligne d'action sur le marché (...)»<sup>186</sup>.

Le Tribunal met donc à charge pour la Commission d'établir que la comparaison de la situation concurrentielle antérieure à l'opération de concentration envisagée permettait d'extrapoler des risques futurs. Sur ces prémisses, le juge relève alors l'insuffisance de démonstration de la Commission. Les rapports faisant état de la situation de concurrence sur le marché de voyage, de la volatilité de la demande, ou encore le degré de transparence du marché en cause, sont tour à tour minutieusement analysés par le Tribunal dans le but de relever l'insuffisante motivation du raisonnement de la Commission<sup>187</sup>. Il est évident que la position du Tribunal a eu des répercussions manifestes sur la charge de la preuve, étant entendu que la Commission, pour prouver l'effet anticoncurrentiel d'une concentration, est contrainte de renforcer la solidité des argumentaires économiques qu'elle présente. De surcroît, ce rehaussement du standard de qualification donne plus de place, mais aussi plus de poids aux argumentaires économiques dans l'interprétation des normes. Pour preuve, la décision d'autoriser la fusion *Bertelsmann/Sony* n'a pas été contestée par la Commission précisément parce qu'elle aurait nécessité un niveau probatoire important<sup>188</sup>. Ce que viennent modifier les jurisprudences évoquées, c'est moins l'obligation d'une motivation cohérente que

---

<sup>185</sup> TPICE, 6 juin.2002, *Airtours plc c/ Commission*, aff.T-342/99, Rec.2002, p.II-2585

<sup>186</sup> TPICE, *Airtours*, *op.cit.*, pt.77

<sup>187</sup> TPICE, *Airtours c/ Commission*, *op.cit.*, pts.82-182.

<sup>188</sup> C. DECKER, *op.cit.*, p.119, 148, v aussi sur ce point, la critique du Tribunal censurée par la suite par la Cour: TPICE, *Impala c/ Commission*, aff.T-464/04, Rec.2006, p.II-2289 et CJCE, *Bertelsmann, Sony c/ Impala*, aff.C-413/06, Rec.2008, p.I-4951, note L. Idot, *Europe*, oct.2008, comm. n°331, p.31-32; note J. Philippe, N. Trabucchi, *Gaz. Pal.*, 2009, n°315-318, p.23-25. Remarquons que le guide des bonnes pratiques mentionné dans les développements précédents, permet de contourner efficacement ce genre de stratégies dans la mesure où il invite les parties à ne plus se contenter de critiques sommaire du raisonnement de la Commission, mais à véritablement produire un contre-argumentaire solide: DG Comp, *Best Practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 et 102 TFEU and Merger Cases*, *op.cit.*

le renforcement probatoire que suppose désormais cette motivation<sup>189</sup>. L'office du juge se révèle à cet égard déterminant puisqu'il est susceptible d'influer sur la massification des argumentaires économiques en droit de la concurrence. Des travaux empiriques, qui mériteraient d'être approfondis, soulignent que la vulgarisation future des argumentaires économiques est tributaire de l'intérêt des juges vis-à-vis de ce nouveau genre rhétorique en pleine expansion<sup>190</sup>. Les controverses sur cette question sont très vives comme le montrent les débats actuels sur la réforme de la politique de concurrence<sup>191</sup>.

**Conclusion du chapitre 2.** L'idée de ce chapitre a été de mettre l'accent sur le fait qu'il fallait interpréter l'immixtion du discours économique en droit de la concurrence sous un angle probatoire. Le juge ne fait pas plus d'économie que le procès n'est le lieu d'expérience des théories économiques. Comme l'affirment très justement E. Barbier De La Serre et A-L. Sibony, vérité scientifique et judiciaire ne vont pas de pair<sup>192</sup>. Ce sont les normes qui, à bien y regarder, font du discours économique un propos qui s'assimile à quelque chose de factuel; cela, en raison de ce que les interprètes ont besoin de se figurer le contexte concurrentiel dans lequel évoluent les entreprises. L'utilité des métaphores tirées de modèles prend sens lorsqu'il n'est pas possible d'établir une infraction par le moyen de preuves directes, ou lorsqu'il s'agit d'extrapoler les effets futurs de comportements concurrentiels.

La science économique est aujourd'hui parvenue à un relativisme absolu concernant l'évaluation des comportements d'entreprises: *«Ces théories ont montré que (...) les pratiques examinées par la politique de la concurrence peuvent être anticoncurrentielles ou proconcurrentielles. La très grande variété des résultats de la théorie de l'organisation industrielle a parfois provoqué un certain scepticisme au sujet de sa pertinence pour la politique de la concurrence. Ainsi, selon plusieurs auteurs, les deux «principes*

---

<sup>189</sup> Sur l'obligation de motivation cohérente, on la retrouve déjà dans de nombreuses jurisprudences antérieures: CJCE 21 fevr.1973, *Continental Can*, aff.C-6/72, concl. K. Roemer présentées le 21 nov.1972, Rec.1973, p.254-268; en ce sens, l'avocat général Warner affirme dans l'arrêt *Kali&Salz*: *«Il reste la question de savoir si les requérantes ont présenté une argumentation suffisamment étayée pour que la Cour annule la décision de la Commission au motif que cette décision se fondait sur une fausse appréciation par la Commission des possibilités de concurrence sur le marché de la potasse simple ouvertes à KC. Nous vous avouons, Messieurs, que sur ce point, nous avons hésité. Ce qui nous a finalement déterminé à nous prononcer en faveur des requérantes est le fait que deux points, nous semble-t-il, n'ont pas été traités adéquatement par la Commission, ni dans le texte de sa décision, ni dans les observations qu'elle a présenté devant la Cour»*, in concl M. Warner, présentées le 11 mars.1975, sous l'arrêt *Kali&Salz*, Rec.1975, p.529; CJCE, 28 mai.1998, *Deree c/Commission*, aff.7/95 P, Rec.1998, p.I-3111, concl. R. Jarabo-Colomer, du 16 sept.1997, p.3115

<sup>190</sup> C. DECKER, *op.cit*, p.151-152.

<sup>191</sup> V. en ce sens, Première partie, supra.

<sup>192</sup> E. BARBIER De LA SERRE, A-L. SIBONY, «Expert evidence before the EC courts», *CMLR*, 2008, vol.45, p.941-985; v., pour un débat sur la distinction entre vérité scientifique et judiciaire, l'arrêt de la Cour suprême: *Daubert v.Merrell Dow Pharmaceutical* (92-102), 509 U.S 579 (1993), 597



organisateurs» de la théorie de l'organisation industrielle seraient les suivants (...) («1<sup>er</sup> principe organisateur: l'organisation industrielle n'a pas de principes organisateurs» et «2<sup>e</sup> principe organisateur: le résultat principal de la théorie est de montrer que tout peut arriver»). Ce scepticisme a pu être renforcé par le développement de modèles ad hoc, à l'occasion d'affaires de concurrence spécifiques, comme si la flexibilité de la théorie permettait de démontrer que n'importe quelle pratique est anticoncurrentielle, sous certaines hypothèses»<sup>193</sup>.

Tout bien considéré, l'économiste ne prend, en droit de la concurrence, que la part que veut bien lui donner l'interprète. En ce sens, lire l'introduction d'expertises ou d'argumentaires économiques en présupposant qu'il s'agirait d'*analyse économique* au même titre que ce qu'en disent les économistes d'un point de vue académique n'est pas un point de vue pertinent pour comprendre un tel phénomène. La question centrale, somme toute très classique, est celle de la preuve et des stratégies qui permettent de faire triompher une prétention devant le juge<sup>194</sup>. Au risque de décevoir, il n'y a là rien de singulier pour le juriste, qu'il soit praticien ou simple observateur des normes. On concèdera volontiers le particularisme langagier qui fait croire que cette nouvelle rhétorique probatoire correspond à l'analyse économique des économistes. Mais ce n'est là que l'expression d'une croyance dans la rigueur des modèles par préférence à un mode d'argumentation considéré comme plus traditionnel.

**Conclusion du titre 1.** Le vocabulaire économique en droit de la concurrence ne se confond pas avec celui de la science économique<sup>195</sup>. Plutôt, il faut considérer que l'on est face à un certain type de langage spécifique, c'est-à-dire un code linguistique particulier construit et utilisé par les juges, les autorités de concurrence, les avocats, les économistes qui interviennent dans le cadre de l'instance ou devant la Commission. Ce langage que définissent les normes, donne aux entreprises la possibilité de s'en servir dans l'élaboration de leurs stratégies concurrentielles, aussi bien comme une justification que comme une arme à l'encontre de concurrents<sup>196</sup>. En ce qu'elle emprunte au vocabulaire économique, cette

---

<sup>193</sup> D. SPECTOR, «Analyse économique et sécurité juridique: entre règles per se et règles de raison», in *Rapport CAE, Les politiques de la concurrence*, Paris, La Documentation Française, 2006, p.271-285.

<sup>194</sup> M. MANDEL, «Going for the gold: Economists as expert witnesses», *Journal of Econ Perspectives*, vol.13, n°2, 1999, p.113-120.

<sup>195</sup> O. GUERSENT, «L'autorité de concurrence et l'analyse économique», *RCC*, n°134, 2003, p.24-27.

<sup>196</sup> Ce point mérite des travaux empiriques plus poussés, v., par ex: N. PETIT, «Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises. Une approche scénarisée», in A. MASSON, *Les stratégies juridiques des entreprises*, Larcier, 2009, p.281-317. A notre niveau, nous nous sommes contentés de dresser le champ argumentatif qui permettait la mise en œuvre de telles stratégies.

terminologie laisse faussement croire qu'elle est semblable au discours de la science économique. Que l'on reformule le problème en termes de «scénario» ou de «raisonnement», nous sommes, dans tous les cas, devant un processus de justification et non pas de connaissance<sup>197</sup>. Dès lors, il est facile d'en déduire que ce que l'on désigne abusivement jusqu'ici comme relevant de l'*analyse économique* ne consiste rien de moins qu'en un ensemble de prescriptions qui ont pour but d'évaluer tel ou tel comportement d'entreprise, prescriptions dont les interprètes autant que les parties ont tôt fait de prendre l'influence rhétorique. Il convient d'analyser plus précisément les jugements de valeur qui alimentent leur production en droit de la concurrence.

---

<sup>197</sup> M. SCHLIK, *Théorie générale de la connaissance*, trad. C. Bonnet, Gallimard/NRF, 2009; pour une discussion de la connaissance économique du point de vue de la philosophie analytique: A. ROSENBERG, *Microeconomic Laws. A philosophical analysis*, Univ Pittsburgh Press, 1976.

## TITRE 2: Le cadre dogmatique

Notre propos s'est, jusqu'à présent, limité à une analyse du discours des interprètes en droit de la concurrence. Des termes comme école structuraliste, ordolibérale, autrichienne, de Chicago de même qu'*analyse économique* ou encore approche par *l'effet* ont été mentionnés sans que leur contenu soit jamais vraiment précisé. Le titre qui va suivre a pour objet les discours doctrinaux qui sont à la source de l'introduction de ces différents concepts. Il peut paraître surprenant de passer des normes à la doctrine et c'est la raison pour laquelle la justification d'un tel choix s'impose. Comme l'ont fait observer les propos précédents, le vocabulaire économique dont s'imprègne le droit de la concurrence ne provient pas de nulle part: il émane fréquemment de telle école de pensée. Il est désormais de règle en doctrine d'employer les expressions *analyse* ou *raisonnement économiques*. Plus aucun écrit n'y échappe. En quelques années, *l'analyse économique* s'est imposée comme une référence indispensable pour aborder et penser le droit de la concurrence. Les propos qui suivent interrogent cette nouvelle manière d'interpréter les normes.

En effet, la doctrine, entendue comme l'ensemble des discours savants sur les normes<sup>1</sup>, acquiert, en droit de la concurrence, une influence considérable. Précisément, un certain genre doctrinal dont le but est d'apporter une cohérence idéologique ainsi qu'un ensemble de justifications aux interprètes et aux parties. Ce genre doctrinal auquel nous référons prescrit et peut, à titre comparatif, utilement être rapproché du discours des interprètes. En droit de la concurrence la doctrine masque les prescriptions qu'elle formule derrière les oripeaux de *l'analyse économique*. Cette figure rhétorique assimile faussement son discours à un propos scientifique. De là, *l'analyse économique* se construit comme un discours d'autorité à destination des interprètes. Toutefois, il ne faut pas se contenter de remarquer qu'il existe une doctrine qui prescrit. Il faut encore montrer de quelle manière elle fait passer les prescriptions qu'elle formule pour un propos neutre, neutralité dont se parent juges et autorités de la concurrence dans le but de justifier leurs interprétations. Afin de

---

<sup>1</sup> P. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p.1-13. V. auss: P. YOLKA (dir.), *La doctrine en droit administratif*, Paris, Litec, coll. « colloques et débats », 2010.

singulariser les discours auxquels nous référons, nous emploierons, au lieu de doctrine, le terme de dogmatique<sup>2</sup>.

Une clarification paraît en ce sens indispensable: que traduit l'usage des expressions «analyse» ou «raisonnement» économique dans le discours dogmatique? Il va sans dire que l'expression *analyse économique* connote plusieurs sens: l'usage de normes tirées du discours économique, les discours dogmatiques sur les normes, ou, plus généralement, la littérature économique dans son pluralisme et sa complexité épistémologique. Dans le langage dogmatique, l'*analyse économique* se charge de nombreuses représentations: neutralité, factualité, cohérence. Telles sont, en quelques mots, les images qui imprègnent massivement la représentation actuelle du droit de la concurrence.

Pour qui fait le choix de se déprendre du naturalisme de ces expressions est contraint à un exercice de déconstruction. Le but étant de retracer comment l'on passe d'une signification de *l'analyse économique – comme discours scientifique complexe traversé de multiples questionnements épistémologiques –* à une signification appauvrie de *l'analyse économique – comme discours d'autorité –*. Sous ce rapport, le terme d'*analyse économique* fait doublement l'objet d'instrumentalisation: d'abord quant au présumé scientifique qui l'anime; ensuite dans la fausse neutralité qu'entretient l'expression autour de questions éthiques. Le premier chapitre se place d'un point de vue épistémologique pour souligner la vacuité de l'expression *analyse économique*: d'un point de vue descriptif, elle ne réfère à rien d'autre qu'au discours des économistes dans sa généralité, sa complexité et ses clivages (Chapitre 1). La dogmatique assimile cette complexité à un discours «scientifique» non comme pourrait l'entendre une approche de philosophie des sciences, mais «scientifique» au sens de vérité inconditionnelle<sup>3</sup>. Les arguments avancés pour ce faire trahissent à l'analyse, le scientisme selon lequel le discours économique apporterait rigueur et clarté au droit de la concurrence. Un certain réalisme américain est à la source de cette confusion alors qu'il occulte la question éthique essentielle: celle de savoir s'il existe un moyen de discipliner les passions qui animent la concurrence (Chapitre 2).

---

<sup>2</sup> J. CHEVALLIER, «Doctrine juridique et science juridique», *Droit et société*, 2002, n°50, p.103-119.

<sup>3</sup> Pour une approche de philosophie des sciences: U. MÄKI, *Fact and fiction in Economics. Models, realism and social construction*, Cambridge univ Press, 2002.

## Chapitre 1: L'analyse économique dans le discours des économistes

Le droit de la concurrence, droit de spécialiste: ainsi pourrait se résumer le principal lieu commun sur cette discipline. On préjuge en cette matière que l'interprétation des normes nécessite une connaissance technique propre. Afin d'en rendre compte, il est fait usage d'expressions telles qu'«*analyse économique*», «*raisonnement économique*», ou, plus rarement, «*expertise concurrentielle*». L'emploi de ces différentes expressions n'est pas pour autant exempt d'ambiguïtés. Ambiguïté notionnelle tout d'abord: le droit de la concurrence est présumé lié à *l'analyse économique*, sans que cette affirmation soit clarifiée davantage<sup>1</sup>; ambiguïté méthodologique ensuite: la conformité avec *l'analyse économique* doit-elle être comprise comme une conformité souhaitable? Autant de questions qui font appel à une clarification d'ordre épistémologique. Et déjà, là se dresse un premier écueil: l'économiste prenant pour objet le droit de la concurrence peut affirmer qu'il fait de *l'analyse économique*<sup>2</sup>; mais cette dernière affirmation n'est souvent pas dissociable d'un regard porté sur le droit, l'intégrant dans une problématique plus générale d'économiste<sup>3</sup>. Toute autre en revanche est l'affirmation que le droit de la concurrence serait fondé sur *l'analyse économique*: la pertinence d'un tel propos doit faire la preuve d'une analogie entre la norme et les modèles économiques. Et c'est bien sur ce point que prennent source nombre de confusions et préjugés.

De fait, un rapide détour épistémologique s'avère nécessaire en ce qu'il permet de porter un regard sur le sens de l'expression *analyse économique* chez les économistes. Ce premier point vient rappeler que *l'analyse économique* des économistes reste, quoi que l'on puisse en penser, traversée de multiples questionnements et de remises en cause. Il n'existe pas une, mais plusieurs *analyses économiques* selon les postures admises (Section 1). La rigueur méthodologique qui préside à la formulation mathématique des modèles n'y change absolument rien. Pas plus que le discours des juristes, celui des économistes ne présente une

---

<sup>1</sup> Par ex, M. BAZEX, «Les interactions entre le droit et l'économie: l'exemple du contrôle par le juge administratif des opérations de concentration entre entreprises», in *Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p.139-151; F. JENNY, «Le rôle de l'analyse économique dans le contrôle exercé par la Cour de cassation en matière de droit de la concurrence», *Concurrences*, n°4, 2007, p.27-35.

<sup>2</sup> Par ex: J-P. SIMONIN, «Existe-t-il un indice optimal de mobilité des structures industrielles?», *REI*, 1978, vol.4, p.63-95; M. RAINELLI, «Economie industrielle et droit économique», *REI*, 1982, vol.21, p.121-125; T. PENARD, S. SOUAM, «Que peut bien apporter l'analyse économique à l'application du droit de la concurrence», *REP*, vol.112, n°6, 2002, p.863-887.

<sup>3</sup> Sur cette question: A-L. SIBONY, «La jurisprudence de la Cour au prisme de la science économique», in *La fabrique du droit européen: scènes, acteurs et publics de la Cour de Justice des Communautés européennes* (dir.) P. MBONGO, A. VAUCHEZ, Bruxelles, Bruylant, 2009, p.171-197.

plus grande objectivité dans le champ éthique. De là, l'hypothèse selon laquelle est *analyse économique*, le discours produit par les économistes de façon générale, lequel ne préjuge en rien d'une quelconque scientificité<sup>4</sup> (Section 2).

### ***Section 1: L'économique, discours d'interprétation des faits sociaux à vocation universelle?***

Mettre l'accent sur les différences entre *analyse économique* des économistes et *analyse économique* des juristes permet de démêler le problème de signification de l'expression en droit de la concurrence. À la supposer identique selon qu'elle est employée par les juristes, ou les économistes, à quoi fait référence *l'analyse économique*? Serait-ce un objet déterminé de façon consensuelle? Serait-ce encore une méthode univoque? Chacune de ces questions s'expose à un contresens évident: *l'analyse économique* des économistes n'est caractérisée ni par un objet ni par une méthode univoque. L'économique n'étant qu'une multiplicité de regards différents sur l'interprétation de faits sociaux. La détermination d'un objet «économique» soulève deux types de problèmes: l'un relatif à la polysémie des acceptions (A); l'autre relatif à l'indétermination de la plupart des définitions proposées pour en rendre compte (B).

#### **Paragraphe 1: L'objet aporétique de l'économie**

L'objet économique est polysémique. C'est déjà là un premier écueil épistémologique qui l'éloigne des sciences exactes. Une fois ce constat posé (A), il faut en interroger les causes (B).

##### **A- Polysémie de l'objet économique**

Existe-t-il une réalité extérieure et objectivement observable appelée économie? À la différence de phénomènes physiques, l'économique ne nous est pas extérieure. Elle est, tout comme le droit, un ensemble spécifique d'activités humaines. Le qualificatif économique est censé assumer une telle fonction de spécification. Or, qui se donne la peine d'en rechercher la

---

<sup>4</sup> Si l'on admet que les sciences physiques constituent l'archétype du discours scientifique tant dans la compréhension que dans la formulation de prédictions: M. SCHLICK, *Théorie générale de la connaissance*, NRF/Gallimard, 2009, trad. C. Bonnet.

signification<sup>5</sup> est vite frappé du manque de consensus si ce n'est de l'impossibilité d'une telle tâche<sup>6</sup>. On parle souvent d'économie industrielle, internationale, keynésienne, marxiste, sans forcément identifier préalablement le terme économie.

Lorsque c'est le cas, il faut se résoudre à des significations multiples: «*science de la production et de la distribution des richesses*» pour certains<sup>7</sup> «*ce que font les économistes*» pour d'autres<sup>8</sup>. Walras affirme que l'économie est «*une science ayant pour objet premier l'observation de faits économiques, comprendre: des faits mettant l'homme aux prises avec les «choses»*»<sup>9</sup>. L'économique c'est encore pour Phélizou «*l'ensemble des efforts entrepris par les hommes pour satisfaire leurs besoins, dans un environnement naturel relativement pauvre et mal adapté*»<sup>10</sup>. R. Aron parle quant à lui d'«*administration des ressources rares*»<sup>11</sup>. Adam Smith assigne la finalité suivante à l'économie: «*L'économie politique, considérée comme une branche des connaissances des législateurs et de l'homme d'État, se propose deux objets distincts: le premier, de procurer au peuple un revenu ou une subsistance abondante, ou, pour mieux dire, de le mettre en état de se procurer lui-même ce revenu ou cette subsistance abondante; le second, de fournir à l'État ou à la communauté un revenu suffisant pour le service public: elle se propose d'enrichir à la fois le peuple et le souverain*»<sup>12</sup>.

D'autres définitions concurrentes de celles mentionnées à l'instant existent. Celle de Cannan définit l'économique en fonction d'une finalité: «*Le but de l'économie politique est l'explication des causes générales dont dépend le bien-être matériel des êtres humains*»<sup>13</sup>, ou encore, selon Leroy-Beaulieu: «*l'économique est la science qui constate les lois générales*

---

<sup>5</sup> Nous assimilerons en ce sens les termes «d'économie», «d'activité économique» ou de «science économique» bien que certains dictionnaires ou lexiques distinguent entre «économie» et «science économique». Le premier terme renverrait à un objet vaguement déterminé et largement polysémique tandis que le second s'attacherait à rendre compte de la posture méthodologique sur l'économique. D'autres auteurs assimilent aussi la définition du terme «économie» à l'expression «activité économique» (J. Romeuf, ou A. Cotta) ou «épistémologie économique» (A. Beitone, A. Cazorla). De telles distinctions, bien que pertinentes, n'évident en rien la question pour la science économique, des problèmes quant à la construction de son objet, problème que même une méthodologie aussi rigoureuse soit-elle ne peut occulter si elle prétend au statut de science.

<sup>6</sup> Le *Lexique d'économie*, Dalloz, 2006, 9<sup>ed</sup> (dir.), A. SILEM et J-M. ALBERTINI soutient, après avoir défini étymologiquement le terme économie: «(...) *Les économistes et les gestionnaires ne sont cependant pas unanimes pour accepter ces définitions. Ainsi pour les marxistes, l'économie politique est l'étude des rapports sociaux de production. Pour les néoclassiques c'est la science de l'allocation des ressources rares entre des fins alternatives. Pour une grande majorité, la définition de J-B Say demeure la plus acceptable: science qui étudie la production, la répartition, la distribution et la consommation des richesses de la société. Il y a ainsi des définitions en termes de méthode (école néoclassique) et des définitions en termes de contenu ou de finalité*», p.284.

<sup>7</sup> J. S. MILL, in C. MEIDINGER, *Science économique: questions de méthode*, Vuibert 1994, p.50.

<sup>8</sup> C. MEIDINGER, *op cit*, p.2.

<sup>9</sup> In A. BRUNO, (dir.), *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, Ellipses, 2005, p.417.

<sup>10</sup> J-P. PAULET, *Dictionnaire d'économie*, Eyrolles, 1992, p.77.

<sup>11</sup> In J-F. PHELIZOU, *Dictionnaire de l'économie*, Economica, 4<sup>e</sup> ed. 1985, p.128.

<sup>12</sup> In A. BEITONE, A. CAZORLA, *et.al*, *Dictionnaire des sciences économiques*, Armand Colin, 2001, p.185.

<sup>13</sup> E. CANNAN, *Elementary of political economy*, in J. ROMEUF (dir.), *Dictionnaire des sciences économiques*, Kraus Reprint, 1978, p.459.

déterminant l'activité et l'efficacité des efforts humains pour la production et la jouissance des différents biens que la nature n'accorde pas gratuitement et spontanément à l'homme»<sup>14</sup>. Marshall propose lui de définir l'économique en ces termes: «L'économie politique ou économique est une étude de l'humanité dans les affaires ordinaires de la vie; elle examine la partie de la vie individuelle et sociale qui a le plus particulièrement trait à l'acquisition et à l'usage des choses matérielles, nécessaires au bien-être. Elle est donc, d'un côté, une étude de la richesse, de l'autre, et c'est le plus important, elle est une partie de l'étude de l'homme»<sup>15</sup>.

Ce sont là quelques définitions qui ne sont pas exhaustives de celles proposées par d'autres auteurs<sup>16</sup>. Elles traduisent la polysémie qui s'attache à l'objet économique<sup>17</sup>. Effectivement, Walras remarquait, dès 1938, que «La définition de l'économie politique manque. De toutes les définitions qui se sont produites, aucune n'a rencontré cet assentiment général définitif qui est le signe des vérités acquises à la science»<sup>18</sup>. Dans le même sens, Rossi notait: «Dut-il en rougir pour la science, l'économiste doit avouer que la première des questions à examiner est encore celle-ci: qu'est-ce que l'économie politique, quels en sont l'objet, l'étendue et les limites?»<sup>19</sup>. Bien que datées, ces critiques paraissent encore d'une étonnante actualité<sup>20</sup> «(...) Or, nul ne l'ignore, il n'existe sur ce point aucun accord et, disons-le sans fard, aucune définition satisfaisante malgré des siècles de discussion et deux ou trois dizaines de définitions suggérées par les divers auteurs de la tradition économique»<sup>21</sup>.

Pour autant, et de façon paradoxale, rares sont les dictionnaires, lexiques ou manuels contemporains qui sacrifient à l'exercice de définition préalable de l'objet économique<sup>22</sup>. Par conséquent, de deux choses l'une: ou bien l'économique fait l'objet d'un tel consensus qu'il

---

<sup>14</sup> In J. ROMEUF, *op.cit*, p.460.

<sup>15</sup> A. MARSHALL, *Principes d'économie politique*, 1890, in A. BEITONE, A. CAZORLA, *op.cit*, p.187.

<sup>16</sup> J-P. PAULET, *op.cit*, p.77.

<sup>17</sup> Pour R. Barre l'économie se définit comme la science des biens «*rare et utiles*», in S-C KOLM, «A quoi sert la science économique», *Annales*, 1975, vol.30, n°1, p.124. S-C. KOLM résume pour sa part, l'intention de l'économie dans ces quatre mots: «*Des hommes ont faim*», in S-C. KOLM, *op.cit*, p.123. Lorsqu'il tente d'apporter une définition à l'activité économique, Romeuf débute en ces termes: «*expression sans doute vague, encore qu'elle réponde à une intuition assez précise à savoir que si dans l'économie il y a des «donnée» dont il faut tenir compte, l'économie quant à elle ne peut être comprise comme une donnée, mais doit plutôt apparaître comme le produit d'actes*», in J. ROMEUF, *op.cit*, p.31.

<sup>18</sup> *Abrégé des éléments d'économie politique*, Paris, 1938, in J. ROMEUF, *op.cit*, p.459.

<sup>19</sup> Cours, 1836-1837, in J. ROMEUF, *op.cit*, p.459.

<sup>20</sup> C. MEIDINGER, *op.cit*, p.2-8.

<sup>21</sup> A. CAILLE, *Dé-penser l'économique*, La découverte/ MAUSS, 2005, p.207.

<sup>22</sup> J-P. PIRIOU, *Lexique de sciences économiques et sociales*, 7<sup>e</sup> ed. La découverte, 2004; G. ABRAHAM-FROIS, G. CAIRE, *et.al*, *Dictionnaire d'économie*, Sirey, 2002; B. GUERRIEN, *Dictionnaire d'analyse économique*, La découverte 2002; Pour un point de vue critique: H. GUITTON, *L'objet de l'économie politique*, Librairie Marcel Rivière, Paris, 1951.



est inutile d'y revenir, ou bien tout effort épistémologique quant à sa délimitation est soigneusement évité, si ce n'est purement et simplement écarté<sup>23</sup>.

Ce foisonnement définitionnel traduit une lutte d'influence entre deux approches. Celle des classiques qui, comme Smith, Bentham, Quesnay, ou Montchrétien pensent l'économie autant comme un savoir que comme un outil au service du prince<sup>24</sup>. D'un autre côté les modernes, marginalistes pour la plupart, conceptualisent le savoir économique sur le modèle des sciences de la nature. À partir de la fin du XIXe siècle, sous l'influence du positivisme logique, cette seconde approche s'est imposée comme dominante<sup>25</sup>.

Une vague de penseurs allant de Menger à Walras en passant par Mill, Robbins, ou Samuelson, entreprend de distancier l'économie de toute considération axiologique. L'objet économique se résume, selon cette nouvelle approche, en trois concepts: l'échange, la rareté et la matérialité<sup>26</sup>. Matérialité réfère à la richesse; l'échange s'attache à la capacité de procurer pour un individu de la valeur à un bien; enfin, la rareté implique d'interpréter les comportements humains sous le prisme du modèle de rationalité. Deux objections se dressent face à ces différentes définitions. La première est que les termes matérialité, échange, ou rareté ne font que repousser le problème des frontières de l'objet économique<sup>27</sup>. La seconde est qu'en dépit des bonnes intentions marginalistes, les économistes n'ont, en réalité, jamais cessé de formuler au prince des prescriptions<sup>28</sup>. L'objet de l'économie serait-il finalement aporétique?

---

<sup>23</sup> C. MEIDINGER, *Science économique: question de méthode*, Vuibert 1994.

<sup>24</sup> Pour un exposé de cette approche: C. LAVAL, *Jeremy Bentham, les artifices du capitalisme*, PUF, 2003.

<sup>25</sup> Cette construction sur le modèle des sciences de la nature n'est certes pas nouvelle. Des travaux ont montré qu'elle apparaît déjà dès les écrits de Montchrétien sur l'économie politique: J-C. PERROT, *Une Histoire intellectuelle de l'économie politique, XVII<sup>e</sup>- XVIII<sup>e</sup> siècle*, p.63-95.

<sup>26</sup> H. GUITTON, *op.cit.*

<sup>27</sup> Ces propos de S-C. Kolm illustrent par exemple les difficultés qui s'attachent à délimiter les principales catégories qui prétendent rendre compte du phénomène économique: «(...) *le contenu tangible du mot bien pose problème. On voit vite qu'il peut devenir un service, puis une créance, ou un titre de propriété, et en particulier de la monnaie; ce peut plus généralement, être un droit quelconque; il peut aussi se définir négativement comme un «non mal» («non-pollution» par exemple); ce peut être un enfant dans une étude sur la fécondité, une vie humaine dans une étude sur la sécurité; ce peut être du temps, de la localisation; ou une place dans la hiérarchie; ou encore des paramètres de la beauté, de la justice de l'affection, etc. Cette généralité est ce qu'il faut pour une définition mais le langage est faible.*», in S-C. KOLM, *op.cit.*, p.124.

<sup>28</sup> S. JEVONS, *Methods of Social Reform*, London Mac Millan and Co, 1883; à la vérité, l'opposition schématisée précédemment entre «anciens» et «modernes» n'est pas si tranchée qu'elle paraît. D'abord parce que l'économie n'a, depuis ses premiers balbutiements, jamais véritablement trouvé de référent précis. Ensuite parce qu'une analyse plus poussée permet de montrer que l'approche de Montchrétien ne fait rien d'autre que définir les bases à la fois normatives et compréhensives d'une discipline qui ne vont pas se démentir avec le temps: J-C. PERROT, *Une Histoire intellectuelle de l'économie politique, XVII<sup>e</sup>- XVIII<sup>e</sup> siècle*, ed. EHSS, 1992, p.64.

## B- Les causes de l'aporie

Afin de mieux en saisir les causes, il faut prendre le problème plus en amont et ce faisant, remonter à la pensée moderne là où la césure de la pensée économique d'un discours moraliste et religieux se serait produite<sup>29</sup>. Précisément, la période intellectuelle où s'institutionnalise l'éloge de la «passion» comme moteur des sociétés humaines. Cette passion se conceptualise au travers de «l'intérêt» dont l'utilité est la résultante. L'utilité décentre l'économie de ses questionnements moraux pour la focaliser sur l'analyse du désir humain *lato sensu*. En effet, le problème n'est plus de savoir si ces désirs sont, ou pas conformes à la religion, mais, s'ils existent, de comprendre qu'ils constituent la base de l'échange, de la richesse, ou de la rareté. L'utilité, en tant qu'expression de l'intérêt fait l'échange; l'échange étant le moyen de parvenir aux désirs ou besoins que l'homme entend satisfaire.

De là, *l'axiomatique du plaisir et de la peine*<sup>30</sup>: si ce qui meut l'homme économique n'est constitué que par ces deux mobiles que sont le plaisir et la peine, alors il convient de rendre compte du champ de ces sentiments, dont l'utilité ne constitue en définitive que la manifestation. L'axiomatique du plaisir et de la peine permet à l'économie d'accéder à une prétention quasi universelle d'explication des phénomènes sociaux dans leur ensemble, parce qu'elle se fonde sur une règle psychologique quelque peu fruste<sup>31</sup>: les choix humains procèdent à partir d'une intentionnalité dont il est difficile, voire impossible, de rendre compte ou prendre la mesure d'un point de vue empirique. En effet, elle ne peut pas même être examinée adéquatement devant un tribunal des faits dans la mesure où elle réfère à des phénomènes psychologiques, ou neuronaux sous-jacents<sup>32</sup>.

Ainsi, ce dont il est possible de prendre la mesure, c'est, non pas de l'intentionnalité même, mais de ses effets. Là réside l'une des causes de «l'impérialisme économique»: à partir du moment où l'effet de l'intentionnalité devient en réalité l'objet d'investigation du discours économique, sa délimitation reste impossible dans la mesure où lui préexiste un principe *a priori* (les choix traduisent l'intentionnalité rationnelle des agents) et non pas un fait empiriquement observable. Et c'est de ce principe dont on déduit l'objet de l'économie. Partant, ce ne sont pas les faits qui délimitent le champ économique, mais plutôt la

---

<sup>29</sup> P. ROSANVALLON, *Le Capitalisme utopique, histoire de l'idée de marché*, Seuil, 1999; C. LAVAL, *L'homme économique, Essai sur les racines du néolibéralisme*, Gallimard, Essais, 2007.

<sup>30</sup> L'expression est de C. LAVAL, *op.cit.*, p.200-202.

<sup>31</sup> R. NADEAU, «L'économique est-elle une science empirique?», in A. LEROUX, A. MARCIANO, *Traité de Philosophie économique*, De Boeck Université, 1999, p.397-422.

<sup>32</sup> G-G. GRANGER, *Méthodologie économique*, Paris, PUF, 1955; A. ROSENBERG, *Economics, Mathematical Politics or science of diminishing returns?* Univ Chicago Press, 1992, v., spécialement, le chapitre intitulé: «Economics and intentional Psychology», p.112-149.

représentation que l'on en propose, laquelle doit être comprise comme une loi générale de systématisation des actions humaines. C'est à l'évidence ce mode de lecture que développent pleinement des économistes comme Becker qui proposent de comprendre l'ensemble des phénomènes sociaux à partir d'une axiomatique de «*choix sous contraintes*»<sup>33</sup>? L'aporie de l'objet économique s'explique de ce point de vue. À bien y regarder, c'est moins la rationalité en elle-même que la manière dont elle est stipulée, qui suscite les controverses<sup>34</sup>.

Tout le reste se détermine à partir de cette stipulation: l'homme «calcule», c'est-à-dire que pour chaque action, il évalue ses chances de succès ou d'échec. En conséquence, «*si les individus sont rationnels alors leurs choix pourront, en principe, être expliqués par des observateurs partageant avec eux cette rationalité*»<sup>35</sup>. Par analogie avec les sciences de la nature, vers quelle unité de mesure se tourner afin d'évaluer l'effet du plaisir et de la peine d'un agent? Bentham propose la monnaie; il y fait référence comme d'un critère d'évaluation commun et homogène à l'ensemble des hommes. Ce postulat ne va cesser de se perpétuer pour, finalement, au début du XX<sup>e</sup> siècle, en arriver à dissocier, dans l'acception du terme utilité, la morale utilitariste du calcul économique.

Certains, comme Walras ou Edgeworth, prétendent ainsi mettre de côté la morale utilitariste pour n'en conserver que les principes de calcul. En dépit de cette cure d'amaigrissement, l'axiomatique du calcul, demeure porteuse d'une nouvelle représentation des comportements humains dans leurs rapports avec le pouvoir, la richesse, ou la morale<sup>36</sup>. Même extirpée de sa gangue utilitariste, l'axiomatique du calcul n'en comporte pas moins une dimension à la fois compréhensive et normative<sup>37</sup>. Ainsi que l'indique G.-G. Granger, le discours économique mêle à la fois les rationalités *épistémique*, *technique* et *axiologique*<sup>38</sup>.

Deux définitions sont aujourd'hui fréquemment avancées par référence à l'objet économique: celle de Robbins qui, à l'aune du modèle de rationalité, construit l'économie à partir d'une supposition plus générale sur l'idée de rareté; celle de Mill qui tente de

---

<sup>33</sup> G. BECKER, «The Economic way of Looking at Life», *Nobel Lecture, Journ. Political.Econ*, 1993, vol. 101, n°3, p.385-409; G. BECKER, «Irrational behavior and economic theory», *Journ. Political. Econ*, vol.70, p.1-13.

<sup>34</sup> L-A. GERARD-VARET, J-C. PASSERON (dir.), *Le modèle et l'enquête. Les usages du principe de rationalité dans les sciences sociales*, ed. EHSS, 1995.

<sup>35</sup> L-A. GERARD-VARET, J-C. PASSERON, «Introduction», in *Le modèle et l'enquête, op.cit*, p.11.

<sup>36</sup> C. LAVAL, *L'homme économique, op.cit*.

<sup>37</sup> C. LAVAL, *op.cit*, p.153-185.

<sup>38</sup> Rationalité épistémique s'entend de façon globale comme une connaissance d'un objet «*indépendamment de toute rationalité supposée du contenu décrit et expliqué (...)*»; la rationalité d'action se décline elle-même en rationalité substantielle, c'est-à-dire «*une rationalité théorique d'ajustement des moyens aux fins*» et une rationalité «*effective, en acte, d'utilisation des conditions techniques de la pensée et de l'action*», G-G. GRANGER, «Les trois aspects de la rationalité économique», in L-A. GERARD-VARET, J-C. PASSERON (dir.), *Le modèle et l'enquête. Les usages du principe de rationalité dans les sciences sociales*. Paris, ed. EHSS, 1995, p.567-580.

circonscrire l'économie comme la science qui étudie la «*production et de la distribution des richesses*»<sup>39</sup>. Ces deux définitions recourent de façon combinée, les différents concepts d'échange de matérialité et de rareté sus évoqués. Plus large, la définition de Robbins ne s'attache pas à spécifier un objet économique: aucun objet social n'échappe à l'investigation économique dès lors que l'homme procède à des choix selon Robbins<sup>40</sup>. Si l'on revient à la loi évoquée selon laquelle l'économie stipule que l'homme procède à des choix et propose d'en rendre compte de façon déductive, on s'aperçoit qu'il en existe différentes interprétations possibles. Lorsqu'ils construisent une définition, les économistes s'attardent moins sur ce qu'elle recouvre que la manière dont elle influe sur l'interprétation de l'économie<sup>41</sup>. C'est ce que l'on voudrait illustrer en abordant les conséquences épistémologiques qui s'attachent à la définition de Robbins.

## **Paragraphe 2:** Les choix métathéoriques derrière la polysémie de l'objet économique

Une définition stipulative a des conséquences évidentes dans la construction d'un discours scientifique. Elle procède de vues parfois concurrentes d'autres manières de conceptualiser, ou de faire l'économie, comme l'illustre la définition de Robbins (A). À la lumière des motivations qui ont précédé sa formulation très générale, elle a ouvert la voie à l'impérialisme contemporain si caractéristique du discours économique dominant (B).

---

<sup>39</sup> P. VAN PARIJS, *Le modèle économique et ses rivaux*, Librairie DROZ, Genève, 1990, p.28. La définition de Mill est dite substantielle tandis que celle de Robbins est dite formelle. J.S. MILL, «On the definition of political economy and on the method or investigation proper to it», in *Collected Works*, vol. IV, p.309-339, Robson (ed.) Toronto Univ Press, 1967. Mill en effet entend limiter l'investigation économique uniquement aux comportements qui tendent à la poursuite de la richesse. Est économique tout phénomène résultant: «*des activités de l'humanité en vue de produire des richesses, et dans la mesure où ces phénomènes ne sont pas modifiés par la poursuite d'un autre objectif*».

<sup>40</sup> Mais il faut concéder que Mill est plus attentif à prendre en compte ce problème épistémologique, in P. DEMEULENAERE, *Homo oeconomicus, enquête sur la constitution d'un paradigme*, PUF, 1996; M. ZOUBOULAKIS, «Une critique de la «schizophrénie méthodologique», *Economies et Sociétés*, n°30, vol.7, 2000, p.121-132.

<sup>41</sup> Quelques travaux critiques existent cependant: O. LANGE, «The scope and the method of economics», *Rev. Economic studies*, 1945, p.19-32; F. KNIGHT, *On the history and method of economics*, 1956, Univ Chicago Press; S-C. KOLM, «A quoi sert la science économique?», *Annales*, 1975, vol. 30, n°1, p.123-136; J. S. MILL, *Sur la définition de l'économie politique et sur la méthode d'investigation qui lui est propre*, trad. C. Leblond, Michel Houdiard (ed.) 2003; K. POLANYI, «Le sophisme economiciste», in *Avec K. Polanyi contre la société du tout marchand*, MAUSS, n°29, 2007, p.73-79.

## A- La définition de Robbins prise en contexte

Il faut rendre compte de la manière dont est apparue la définition de Robbins (a) pour comprendre qu'elle fait consensus parce qu'elle traduit la domination d'une certaine manière de penser l'économie (b).

### a) Le marginalisme comme autre manière de penser l'économie

Largement employée, la définition de Robbins reflète davantage l'hégémonie méthodologique d'une forme de marginalisme qu'autre chose. Elle suscite l'adhésion parce qu'elle traduit une certaine manière majoritaire de concevoir l'investigation économique<sup>42</sup>. Certains ont objecté qu'elle ne spécifie ni d'un objet économique clairement délimité, ni même d'une posture méthodologique souhaitable<sup>43</sup>. L'ouvrage *Essai sur la nature et la signification de la science économique*, paru en 1932<sup>44</sup>, pose en effet de l'économie la définition suivante: «(...) science qui étudie le comportement humain en tant que relation entre des fins et des moyens rares à usages alternatifs»<sup>45</sup>. Cette définition n'a été que très peu discutée<sup>46</sup>; dans sa vulgate, elle a été interprétée comme impliquant l'usage d'un modèle de rationalité à partir d'une lecture néoclassique. Searle remarque que la définition de Robbins omet de prendre en considération l'aspect institutionnel<sup>47</sup> dans lequel elle s'inscrit: deux chiens qui se battent pour la possession d'un os, ou encore deux enfants qui se disputent la possession d'une balle cherchent eux aussi à acquérir un bien rare. En aucun cas, cependant,

---

<sup>42</sup> S-C. Kolm soutient en ce sens, que la définition de Robbins ne rend que partiellement des pratiques effectives des économistes. Elle conduit par exemple, à occulter l'activité normative de la discipline: «*Comparons avec la définition précédente. Il y a «rare», «moyens» est de bonne façon plus général que «biens». «Fins» est plus neutre et «objectif» qu'«utile», mais cette substitution efface l'intention normative essentielle de la discipline, ce que fait aussi la définition même par «étude des comportements». (...) En fait, elle porte surtout la marque de son époque et de son milieu: avec des dizaines d'années de retard, les anglais commençaient à comprendre les théories de Walras et Pareto (grâce à Hicks, Allen, Kaldor) et étaient éblouis par la richesse analytique de la maximisation, par les contraintes des ressources, etc. (mais bien sûr, tout ceci n'est qu'une partie des idées de Walras comme de Pareto), (...)*», in S-C. KOLM, «A quoi sert la science économique», *op.cit.*, p.125.

<sup>43</sup> R. SCOON, «Professor Robbins definition of economics», *Journ. Political. Eco.*, vol.51, n°4, 1943, p.310-321; G-G. GRANGER, *Méthodologie économique*, Paris, PUF, 1955. L. FRASER, *Economic thought and language a critique of some fundamental concepts*, Kennikeat Press, N.Y/London, 1972, p.21-45.

<sup>44</sup> L. ROBBINS, *Essai sur la nature et la signification de la science économique*, trad. I. Krestovsky, Paris, Librairie Médicis, 1947. Sur le contexte du choix de cette définition par Robbins v., G. CAMPAGNOLO, *Carl Menger entre Aristote et Hayek*, CNRS ed. 2008, p.172.

<sup>45</sup> L. ROBBINS, *op.cit.*, p.4.

<sup>46</sup> Hormis dans les premiers temps de sa formulation: L. FRASER, *Economic thought and language: a critique of some fundamental concepts*, Kennikeat Press, N.Y/London, 1972, p.21-45; R. SCOON, *op.cit.*; R. COOTER, P. RAPPOPORT, «Were Ordinalists Wrong about welfare economics?», *JEL*, 1984, p.507-530; T. HUTCHISON, *Significance and Basic Postulates of Economic Theory*, Augustus M. Kelley Pubs, 1970.

<sup>47</sup> Sur la définition de «l'institution» selon Searle: J. SEARLE, «What is an institution?», *Journ. Institutionnal. Econ.*, 2005, p.1-22.

ils ne font partie de l'objet d'étude des économistes et la question est alors de savoir pourquoi<sup>48</sup>.

Aussi, Searle considère-t-il qu'une analyse du langage permettrait de mieux comprendre les phénomènes et les croyances qui aboutissent à la création institutionnelle du champ économique. Cette approche rejoint celle de Weber: «*La définition de l'économie doit être aussi générale que possible, elle doit mettre en évidence que tous les processus et objets «économiques» se signalent comme tels par le sens que leur confère l'activité humaine (...)*»<sup>49</sup>. On voit qu'il y a plusieurs manières de construire un objet économique: celle de Weber ou Searle aborde l'économie du point de vue de la représentation que s'en font les agents; celle de Robbins appose une grille de lecture sur les comportements sociaux. Mais, aussi large soit-elle, la définition de Robbins ne fait pas toujours justice de la réalité: «*Si l'on compare avec ce que font les économistes, on voit que la définition de Robbins peut passablement décrire la «théorie des choix» ou celle de «l'allocation des ressources», voire, plus généralement, la «micro-économie». Mais elle décrit en un certain sens le contraire de la «macroéconomie» keynésienne (postérieure), et elle n'avait manifestement pas l'intention d'inclure Marx*»<sup>50</sup>.

Reste donc à examiner les raisons pour lesquelles cette définition fait apparemment consensus<sup>51</sup>. Il faut, pour ce faire, non l'analyser du point de vue de son apport scientifique, mais l'intégrer dans un contexte plus large d'influence d'écoles de pensée rivales. Constante dans sa formulation, la définition de Robbins a en effet, sensiblement varié d'un paradigme méthodologique à l'autre au fil de l'évolution de la pensée de l'auteur. Plus exactement, elle reste tributaire du contexte intellectuel dans lequel elle est apparue: celui de l'avènement et la domination de la méthode marginaliste en économie. Dans le contexte des années trente, une polémique de même nature que celle ayant mis aux prises quelques années auparavant, l'école historique allemande à Carl Menger, oppose, dans le milieu académique anglais, Robbins à Hutchison<sup>52</sup>.

Alors que le second suggère une méthode fondée sur un empirisme radical: – observation systématique et minutieuse de données statistiques puis construction d'une proposition générale –, Robbins, à l'instar de Menger, estime qu'il est possible de procéder autrement en formulant, à l'instar de la physique, un ensemble de «lois», ou principes théoriques

---

<sup>48</sup> J. R. SEARLE, *op.cit.*

<sup>49</sup> M. WEBER, *Economie et société, les catégories de la sociologie*, Plon, 1995, p.101-102.

<sup>50</sup> S-C. KOLM, *op.cit.*

<sup>51</sup> L. FRASER, *op.cit.*, p.34.

<sup>52</sup> Sur cette question: L. ROBBINS, *Live and Dead Issues in the Methodology of Economics*, *Economica*, 1938; G. CAMPAGNOLO, *Critique de l'économie politique classique*, PUF, 2004.

généralisables et susceptibles, en fonction du contexte, d'être corrigés par l'observation des faits. La position de Robbins est alors largement isolée dans la mesure où, dans le sillage de Mill, les économistes anglais adhèrent pour la plupart à une approche cardinale de l'économique. Par approche cardinale, il faut entendre une méthode qui circonscrit l'objet économique aux seuls besoins matériels indispensables aux hommes d'une part, et, d'autre part, inscrit cette approche dans une réflexion plus globale sur la répartition des richesses<sup>53</sup>.

Dans le but de défendre une vision plus libérale et moins restrictive de l'économie, Robbins se tourne dans un premier temps vers le marginalisme autrichien<sup>54</sup>. Partant, il propose une définition large de l'économique dans le cadre d'une démarche épurée de tout jugement de valeur quant aux finalités de la science économique. Le marginalisme que Robbins emprunte à Menger se construit sur le modèle des sciences de la nature. La définition de l'économie de la première édition de son ouvrage s'inspire directement de cette posture<sup>55</sup>.

Prenant l'action individuelle pour objet d'étude, Menger suggère une acception extrêmement vaste du champ économique<sup>56</sup>. Comme l'indique Von Mises: «*D'une manière générale, l'homme n'agit que parce qu'il n'est pas pleinement satisfait. S'il jouissait constamment d'un bonheur parfait, il n'aurait ni désir, ni volonté, il n'agirait pas. Dans le pays de Cocagne, il n'y a aucune activité. Un homme qui agit est un homme à qui il manque quelque chose, un homme non satisfait. L'action a toujours pour but de supprimer un état de malaise, dont on est conscient, d'obéir à un manque, de satisfaire et d'accroître le sentiment du bonheur*»<sup>57</sup>. Menger circonscrit cependant l'objet de l'économique aux causes de l'échange, lesquelles sont analysées, à partir d'une méthode théorique *a priori* qui s'interdit

---

<sup>53</sup> Cet objet économique est traduit dans le concept d'utilité cardinale, c'est-à-dire une unité de mesure permettant de hiérarchiser les besoins des individus en se concentrant sur les plus fondamentaux au plan physiologique empiriquement observables et indispensables à la satisfaction ou «bien-être» de l'homme, in R. COOTER, R. RAPPOPORT, «Were the ordinalist wrong about welfare economics?» *JEL*, vol.22, 1984, p.507-530.

<sup>54</sup> Il faut aussi indiquer que par delà le débat scientifique, Robbins est attaché à un certain libéralisme que ne partage pas Hutchison. La *London School of Economics* est alors dominée par l'école de «Cambridge» qui prône une approche dite «cardinale» de l'utilité. Dit rapidement, cette méthode reste favorable pour une large part à l'intervention de l'Etat: R. COOTER, R. RAPPOPORT, «Were the ordinalist wrong about welfare economics?», *op.cit.*

<sup>55</sup> Seulement, ce n'est pas Menger lui-même qui aurait directement communiqué avec Robbins sur la méthodologie mais Hayek: R. NADEAU, «Popper et la méthodologie économique: un profond malentendu», *op.cit.*, p.9. Or Hayek et son «maître», Von Mises, définissent une méthode qui, si elle prétend s'ancrer dans l'héritage de Menger, en diffère sensiblement. Entre Menger, Von Mises et Hayek, il y a une réinterprétation de la tradition léguée par le premier. Remarquons déjà que le fils de Menger, avait déjà entrepris de réinterpréter l'œuvre de son père en fonction d'une lecture mathématique, in G. CAMPAGNOLO, *op.cit.*

<sup>56</sup> G. CAMPAGNOLO, *Critique de l'économie politique classique*, PUF, 2004.

<sup>57</sup> L. Von MISES, *Le socialisme* p.12, in J. ROMEUF, *op.cit.*, p.31. On peut déjà remarquer que cette définition de Mises s'éloigne de celle de Menger. Mises insiste sur l'activité de l'homme en tant qu'«action» en vue de tendre vers le «bonheur». Menger s'attarde certes sur l'action mais uniquement en rapport avec un environnement donné pour la satisfaction d'un «besoin»; L. Von MISES, *Abrégé de l'action humaine*, traité d'économie, trad. G. Dréan, Bibliothèque classique de la liberté, 2004.

de contrôler empiriquement l'ensemble des propositions qu'elle formule<sup>58</sup>. Cette méthode sera requalifiée plus tard de «*praxéologique*» par le courant austro-américain. Seul compte la validité déductive du raisonnement<sup>59</sup>. Précision néanmoins que l'*apriorisme* développé par Menger ne doit pas se comprendre comme un rejet systématique de toute forme d'empirisme, mais comme une réponse à l'école historique allemande dont Menger critique vigoureusement la méthode<sup>60</sup>. La complexité des faits sociaux doit pour Menger, être simplifiée au moyen de «lois» générales.

b) Quel type de marginalisme pour quel regard économique?

Délaissant le paradigme autrichien, Robbins se rapproche, durant le milieu des années trente, de celui de Walras et Jevons<sup>61</sup>. Rothbard<sup>62</sup>, souligne qu'à partir de la seconde édition de son ouvrage, Robbins se sépare nettement de la tradition autrichienne à laquelle il avait pourtant puisé à l'origine. L'attrait mathématique du marginalisme développé par Walras, ou Jevons apparaît en effet plus rigoureux<sup>63</sup>. Afin de mieux saisir les enjeux de cette nouvelle variante paradigmatique, il faut revenir en quelques mots, sur la genèse du marginalisme dont la paternité revient à trois principaux auteurs que sont Menger, Walras et Jevons. Par leurs travaux, ces derniers modifient en profondeur les termes de l'investigation économique dominée jusque-là par les économistes classiques. Depuis Smith, les réflexions de ce dernier courant ont porté sur le concept de «richesse», l'investigation sur la richesse s'étant elle-même déplacée sur celle de la «valeur».

---

<sup>58</sup> Mises qualifie cet *a priorisme* de «*praxéologie*», in L. Von MISES, *Abrégé de l'action humaine*, Bibliothèque classique de la liberté, 2004, p.32-37; M. ROTHBARD souligne à propos de Robbins que: «*Pendant environ deux décennies, l'ouvrage à juste titre fameux de L. Robbins, Nature and Significance of Economic science a servi de guide de travail à toute la profession quant à ses méthodes, cela en fournissant une version diluée de la méthode praxéologique de Ludwig Von Mises. Robbins avait étudié dans le célèbre Privatseminar de Mises à Vienne, et déjà la première édition de l'ouvrage (1932) soulignait le fait que l'économie est une discipline déductive fondée sur les implications logiques de faits universels découlant de l'action humaine (à savoir, par exemple, que les êtres humains tentent d'accomplir leurs objectifs au moyen de ressources nécessairement rares). Dans la seconde édition (1935), plus connue du grand public, l'influence de Mises était davantage délayée et se trouvait conjuguée avec des éléments de faible portée annonçant le formalisme néoclassique qui devait frapper la profession après la seconde guerre mondiale.*», trad. G. Campagnolo, in «*Seuls les extrémistes sont cohérents*», Rothbard et l'école austro-américaine dans la critique de l'herméneutique, ENS ed. 2006, p.164-165.

<sup>59</sup> Laquelle proviendrait d'une évidence ou d'une démarche dite introspective.

<sup>60</sup> R. NADEAU, «C. Menger et le conflit des méthodes», *Communication* 4 févr.2003, Univ St-Etienne, p.1-23.

<sup>61</sup> R. NADEAU, *op.cit.*

<sup>62</sup> In G. CAMPAGNOLO, «*Seuls les extrémistes sont cohérents (...)*», *op.cit.*

<sup>63</sup> G. CAMPAGNOLO, *Critique de l'économie politique classique*, *op.cit.*



Pendant que les classiques concentraient leurs réflexions sur le concept de «bien», ou de «valeur d'échange»<sup>64</sup>, les marginalistes, eux, suggéraient une approche différente: un bien n'acquiert de valeur qu'eu égard aux préférences que lui attribuent les individus. Cette valeur, que les marginalistes appellent encore valeur d'usage, fonde une méthode subjective qui tourne le dos aux théories qui, jusque-là, expliquaient la cause de la valeur par les propriétés inhérentes du bien échangé<sup>65</sup>. Cette nouvelle approche parvenait à résoudre le paradoxe selon lequel l'eau, bien pourtant essentiel à la vie, pouvait avoir une valeur moindre que le diamant. Et c'est bien cette nouvelle méthode qu'entendait introduire Robbins chez les économistes anglais.

Encore fallait-il pour cela choisir entre des approches divergentes. En effet, les positions de Walras, Jevons et Menger divergeaient sensiblement. Là réside sans doute l'explication de la seconde variante paradigmatique de Robbins. Menger catégorise un fait comme économique dès l'instant où, se créent un certain nombre de «besoins»<sup>66</sup> nécessaires à l'accomplissement d'une «fin». Ces deux concepts combinés constituent la base de l'échange. À partir de là, Menger estime que le rapport fin/moyen ne peut être lu selon la grille de lecture utilitariste qu'en propose Jevons, dans la mesure où la morale utilitariste n'est pas compatible avec l'approche de l'économiste autrichien. Le rapport de fin/moyen dénote de la relation de l'homme à son environnement et non pas, comme le suggère Jevons, à son bonheur ou «bien-être»; il ne préjuge pas en ce sens d'une finalité quelconque des actions individuelles. Le fondement heuristique du paradigme de Menger emprunte, non pas à philosophie utilitariste, mais à celle d'Aristote<sup>67</sup>. Menger cherche à rendre compte du processus de satisfaction des

---

<sup>64</sup> La valeur d'échange est définie comme celle où le prix d'un bien n'est déterminé qu'au regard de la valeur d'un autre bien par lequel il est échangé.

<sup>65</sup> A vrai dire, le marginalisme revenait à redécouvrir l'approche développée par Bentham, Helvétius, ou Mandeville en replaçant les désirs et le «bonheur» des individus au centre de l'investigation économique. C'est encore ce que Jacques Ellul nomme «idéologie du bonheur», in J. ELLUL, *Métamorphose du bourgeois*, La Table Ronde, 1998, p.76-123.

<sup>66</sup> Remarquons que Menger ne parle pas de «moyens» mais de «besoins» ce qui est sensiblement différent.

<sup>67</sup> In G. CAMPAGNOLO, *op.cit.*, p.42-46, p.77-91 Il semble avéré maintenant que la pensée de Menger a emprunté largement à la philosophie d'Aristote (*Ethique à Nicomaque*). Quoi que Menger en ait été le fondateur, il n'a pas été le néolibéral convaincu qui caractérise aujourd'hui l'école autrichienne. À la différence de ses successeurs, Menger ne cherche pas à axer sa pensée sur une défense radicale de l'individu au profit de la société ou du marché. Au contraire, il cherche à trouver au plan méthodologique, une voie médiane entre l'historicisme allemand et la pensée économique des classiques anglais. Il renverse ainsi la perspective du champ économique: à l'opposé des classiques qui construisent leurs théories sur les problématiques de la valeur d'échange en s'appuyant sur le bien qui en est l'objet, Menger propose de circonscrire le champ de l'économie à la relation fins/besoin. Il faut bien comprendre ce diptyque et les principaux concepts de la pensée de Menger à l'aune de la philosophie aristotélicienne : les besoins de l'homme créent les biens nécessaires à leurs satisfactions (fin). C'est ce rapport de l'homme à son environnement qui constitue le champ d'observation d'une économie que Menger veut pure de tout jugement de valeur. On est très loin de l'usage contemporain de la définition de L. Robbins qui fonde le champ de l'économie sur des bases épistémologiques empruntant à la philosophie utilitariste (les individus sont mus par la poursuite du bonheur ou bien-être). Au plan des méthodes, il ne faut pas confondre non

besoins matériels en se dépouillant le plus possible de toute forme de réductionnisme, ou *d'a priori* quant à la façon de considérer ces préférences individuelles.

Cette variante du marginalisme n'est toutefois pas celle qui s'est imposée. En adhérant massivement, à la variante de Jevons, les économistes, dont Robbins, ont opté pour une méthode utilitariste d'interprétation: les actions ne sont présumées accomplies qu'afin de parvenir au bonheur, terme qui, pour Jevons, est synonyme d'utilité. Ce postulat n'est guère différent de celui de l'*homo oeconomicus* contemporain: l'individu agit parce qu'il cherche à maximiser son plaisir. Encore faut-il bien comprendre ce que recouvre l'utilité dont parle Jevons: elle ne doit pas s'entendre par analogie avec la pensée de Bentham qui la définit «comme une propriété de produire du bonheur d'une façon ou d'une autre ou, tout au moins, d'éviter le malheur»<sup>68</sup>. Bentham assimile en ce sens, l'utilité à une fiction<sup>69</sup>: les mots n'ont qu'un usage performatif et en cela, ils sont utiles au souverain. De son côté, Jevons et avec lui la théorie néoclassique réduisent l'utilité ou de la maximisation des richesses, à une simple unité de mesure quantifiable, par référence à la monnaie<sup>70</sup>.

Ainsi, Jevons opère-t-il la synthèse d'une certaine forme appauvrie de l'utilitarisme avec le marginalisme mathématique, dont les vues vont progressivement s'imposer dans le champ académique anglais<sup>71</sup>. L'apparente neutralité du marginalisme de Jevons, repris par Robbins, a pour but de disqualifier l'approche cardinale de l'économie. Robbins estime à cet

---

plus le marginalisme dont Menger est à l'origine avec le marginalisme qui recourt à l'usage massif des mathématiques dans le champ de l'économie. Menger a toujours été circonspect sur l'utilisation du langage mathématique. Dans une lettre adressée à L. Walras, il écrit que les mathématiques: «ne sont pas une méthode mais seulement une science auxiliaire de l'économie politique», in (G. DOSTALER, «L'école autrichienne dans le panorama de la pensée économique», *Cah. d'éco. polt.*, n°5, 2006, p.27-48). Menger s'oppose en ce sens à Walras et Jevons qui sont eux aussi, à l'origine d'une autre version du marginalisme. Au premier, il reproche l'usage de formules mathématiques dont le danger est de reposer sur des concepts de départ mal définis et donc peu rigoureux d'un point de vue analytique; il critique aussi le modèle de l'équilibre de Walras. Dans une lettre adressée à Walras, Menger pouvait dire à cet effet: «Je suis, de fait, de l'opinion que la méthode à suivre dans la soi-disant économie politique pure ne peut pas simplement être appelée mathématique ni simplement rationnelle. Ce ne sont pas uniquement des rapports de grandeurs que nous recherchons mais aussi l'essence des phénomènes économiques», in G. DOSTALER, *op.cit.*, p.32; plus loin, Menger ajoute: «Il n'existe rien de conforme entre nous; il y a certes analogie entre les concepts sur quelques points, mais non pas sur les questions décisives» in CAMPAGNOLO, *op.cit.*, p.84. Aussi, comme l'affirme G. DOSTALER: «Menger s'intéresse au processus à travers lequel les acteurs échangent, alors que Walras s'intéresse à l'équilibre final», in G. DOSTALER, *op.cit.*, p.32. Quant à Jevons, Menger lui reproche l'usage d'un modèle pauvre, en l'occurrence celui de l'*homo oeconomicus* pour lire l'ensemble des comportements individuels. Menger considère ainsi que Jevons réduit ainsi la systématisation du comportement humain au simple hédonisme.

<sup>68</sup> J-P. CLERO, C. LAVAL, *Le Vocabulaire de Bentham*, Ellipses, 2002.

<sup>69</sup> J. BENTHAM, *De L'ontologie et autres textes sur les fictions*, trad. J-P. Cléro et C. Laval, ed. Seuil, 1997.

<sup>70</sup> Le problème de la question du bien-être a donné matière à des réflexions plus que complexes. Si l'on en croit J. Bentham, lorsque sont réunies un certain nombre de conditions très restreintes, «l'utilité» peut faire l'objet d'observations quantifiables, mais très vite, il ajoute que de telles conditions sont restreintes à des cas très idéels qui ne peuvent faire l'objet de généralisation: R. COOTER, R. RAPPOPORT, «Were the ordinalist wrong about welfare economics?» *JEL*, vol.22, 1984, p.511; C. SCHMIDT, *La sémantique économique en question*, Calmann-Lévy, 1985, p.19-40.

<sup>71</sup> C. SCHMIDT, *La sémantique économique en question*, Calmann-Lévy, 1985, p. 9-15.

égard que les questions relatives à la répartition des richesses doivent être reléguées hors du champ de l'économie. Et pour mieux susciter l'adhésion, la variante mathématique du marginalisme renforce la croyance, sur le modèle des sciences physiques, de sa plus grande scientificité<sup>72</sup>. Ce dernier critère aurait été déterminant dans la propagation de l'économie marginaliste dans sa forme mathématique<sup>73</sup>.

## B- La généralisation d'une certaine lecture marginaliste et ses conséquences pour l'appréhension des phénomènes économiques

En proposant une définition encore plus large de l'économique, Becker ne fait que tirer les conséquences de la définition de Robbins<sup>74</sup>. Davantage que ses prédécesseurs, il entreprend d'appliquer les outils de *l'analyse économique* aux faits sociaux autres que ceux traditionnellement abordés par la science économique. Pour cela, il postule que «(...) *toutes les relations sociales sont réductibles à des situations de marché; et, deuxièmement, que la maximisation de la satisfaction générale est le résultat spontané de la maximisation des satisfactions individuelles*»<sup>75</sup>. L'économie s'applique dès lors que les individus procèdent à un ensemble de «*choix sous contraintes*»<sup>76</sup>.

Moins qu'une définition novatrice, Becker initie le réinvestissement du champ de la philosophie politique par l'analyse économique<sup>77</sup>. Pour autant, cette nouvelle ontologie nécessite d'adhérer à un certain nombre de choix métathéoriques préalables. Dans la lignée de la tradition initiée par l'école de Chicago, Becker fait sienne une conception extensive de l'investigation économique<sup>78</sup>. Mais, à la différence d'auteurs comme Veblen, Knight, Viner

---

<sup>72</sup> P. MIROWSKI, *Natural images in Economics thought: Markets read in tooth and claw*, Cambridge Univ Press, 1994. A. L. COT, «Lois naturelles et lois économiques: les étranges analogies d'Irving Fisher», in A. BERTHOUD, B. DELMAS, *et.al*, *Y a-t-il des lois en économie*, Septentrion, 2007, p.351-370; F. ETNER, «Que s'est-il passé en 1870?», *Romantisme*, 2006/3, n°133, p.81-92.

<sup>73</sup> F. ETNER, «Que s'est-il passé en 1870?», *Romantisme*, 2006/3, *op.cit*; M. BLAUG, «Ugly currents in modern economics», in U. MÄKI (dir.), *Fact and fiction in Economics. Models, Realism and Social construction*, Cambridge Univ Press, 2002, p.35-56.

<sup>74</sup> Pour une discussion de ce point: T. ANDREANI, *Un être de raison, critique de l'homo oeconomicus*, Syllepse, 2000.

<sup>75</sup> C. LAVAL, *L'Homme économique*, *op.cit*, p.209.

<sup>76</sup> Sans que là encore, l'expression ne soit définie avec une grande rigueur. Plus précisément, Becker estime que «*toute question qui pose un problème d'allocation de ressources et de choix dans le cadre d'une situation de rareté caractérisé par l'affrontement de finalités concurrentes relève de l'économie*».

<sup>77</sup> Pour un point de vue similaire: L. FROBERT, «*Si vous êtes si malins...*» *Mc Closkey et la rhétorique des économistes*, ENS, ed. 2004, p. 102-103; A. LEROUX, A. MARCIANO, *Traité de Philosophie économique*, De Boeck Univ, 1999, p.63-83.

<sup>78</sup> V. par ex, la justification que donne Coase de l'extension souhaitable du champ économique: R. COASE, «Economics and contiguous disciplines», *Jour. Legal. Studies*, vol.7, n°2, 1978, p.201-211.

ou Simon<sup>79</sup>, les prémisses développées par Becker s'axent deux propositions fortes<sup>80</sup>: 1) toute action individuelle doit être interprétée d'un modèle de rationalité instrumentale<sup>81</sup>; 2) tout fait social doit être interprété par référence à une situation de marché. Ces deux prémisses nécessitent à leur tour d'adhérer préalablement à une certaine représentation du monde, selon la vision néolibérale caractéristique de l'école de Chicago<sup>82</sup>.

Voilà pour ce qui concerne l'objet. On le voit, le propos ramène à la réflexion initiale: l'économiste qui affirme faire de l'*analyse économique* du droit de la concurrence, ne fait rien d'autre que de l'économie. Lorsqu'il pose un regard sur d'autres faits sociaux comme le droit, son objet n'est pas celui des normes elles-mêmes, mais d'un modèle heuristique de rationalité qui intègre la règle de droit comme élément de contrainte du choix opéré par les individus. L'objet se construit par le regard qu'applique l'économiste sur le monde; et il ne se construit pas sans désintérêt ni présupposés ontologiques. Ces quelques détours épistémologiques étaient nécessaires pour parvenir à une telle conclusion: adhérer à une définition de l'économique c'est d'abord adhérer à une certaine représentation de la société qui sert de fil conducteur à sa compréhension. Ainsi, les considérations relatives à l'objet ne sont guère dissociables de celles sur la méthode. Or, pas plus que l'objet, il n'est possible d'identifier au sein de l'*analyse économique*, une méthode univoque.

---

<sup>79</sup> E & A, HIRSCH, «The heterodox Methodology of Two Chicago Economists», in W. SAMUELS, *The Chicago School of political Economy*, Transaction Publishers, London/ USA, 1993, p.59-78; J. McKINNEY, «F. H. KNIGHT and Chicago libertarianism», in W. SAMUELS, *op.cit.*, p.191-213; D. MARTIN, «Industrial organization and Reorganization», in W. SAMUELS, *op.cit.*, p.295-310.

<sup>80</sup> Simon a en effet critiqué avec force le modèle néoclassique de rationalité comme peu réaliste: «*Le décideur comprend et contemple de manière immédiate tout ce qui s'offre à lui. Il accède à l'ensemble des alternatives de choix possibles, non seulement dans le présent mais également dans le futur (...)*», in H. SIMON, *Administration et processus de décision*, Paris, Economica, 1983, p.13.

<sup>81</sup> Dans l'approche précitée de Becker, la rationalité se définit comme un ensemble de «choix» réalisés sous «contrainte», c'est-à-dire mobilisant un rapport coûts/avantages, quelque soit le sens que l'on pourrait attribuer à cette expression. L'agent est modélisé selon un certain nombre de prémisses (transitivité, complétude) qui constituent ce que l'on appelle avec Simon, la «rationalité instrumentale». L'indétermination de l'objet est ici liée à la spécification des concepts qui sont censés en rendre compte. Les deux problèmes sont liés. Ce défaut de clarification rejaillit l'ensemble de la validité des propositions économiques. En ce sens, v., P. DEMEULENAERE, *Homo oeconomicus*, *op.cit.*

<sup>82</sup> W. SAMUELS, *The Chicago School of political Economy*, *op.cit.*; U. MÄKI, «Economic Imperialism: concept and constraints», *Philosophy of Social Science*, 2008, vol.20, n°10, p.1-30.

## ***Section 2: La scientificité de l'analyse économique en question***

L'économie devient-elle une science dure<sup>83</sup>? Tel est le titre d'un ouvrage célèbre qui entreprit d'aborder cette question délicate. Bien entendu, les réponses ne furent pas unanimes: si certains ont estimé que la méthodologie néoclassique s'acheminait tranquillement, sur le modèle des sciences exactes, vers un paradigme unifié, d'autres restaient plus sceptiques. Quoi qu'il en soit, la question exprimait davantage de doutes que de certitudes. Le développement de la science économique ne conduit pas nécessairement au rapprochement des paradigmes méthodologiques, bien au contraire. Il n'est pas ici question de produire des développements exhaustifs sur la méthodologie économique, développements qui, à eux seuls, nécessiteraient un travail de recherche à part entière. Il paraît néanmoins important de saisir ce que l'économie dominante – dont s'inspire l'analyse économique du droit – entend comme «science»<sup>84</sup>.

On se contentera d'évoquer pour ce faire, les principales objections auxquelles fait face aujourd'hui l'économie néoclassique, et ce, afin de se déprendre de l'idée que *l'analyse économique* pourrait fournir quelques certitudes dans l'interprétation de la norme. À cette fin, on mettra l'accent sur deux problèmes importants. Le premier tient au paradoxe selon lequel l'excessive formalisation de la science économique n'a pas pour effet de rapprocher les paradigmes qui la composent. S'y ajoute le fait qu'en dépit d'une sophistication grandissante des modèles, la spécification des concepts reste encore le principal talon d'Achille de la méthodologie néoclassique (§1). Le second problème se rapporte quant à lui au contrôle des phénomènes économiques (§2).

### **Paragraphe 1: Rappel de quelques objections adressées à l'économie néoclassique**

Le pluralisme méthodologique révèle l'incapacité d'entendre, sur le modèle des sciences exactes, l'expression *analyse économique* de façon univoque (A). Le manque de

---

<sup>83</sup> A. D'AUTUME, J. CARTELIER, *L'économie devient-elle une science dure?* Economica, Paris, 1995; A. BERES, «Entretiens avec Sir Karl Popper», *RFE*, 1986, n°2, p.55-64. Pour une autre discussion autour de la scientificité de l'économie: A. ROSENBERG, «If Economics Isn't Science What is it», in M. MARTIN, L. McINTYRE, *Readings in the Philosophy of Social Science*, 1994, MIT Press Cambridge, p.661-674.

<sup>84</sup> Pour une discussion de ce thème en sciences humaines et sociales: J-C. PASSERON, *Le raisonnement sociologique. Un espace non poppérien de l'argumentation*, Albin Michel, 2006.

spécification des concepts de base du discours économique constitue le second argument qui relativise sa prétention à la scientificité par rapport aux autres sciences sociales (B).

#### A- Persistance du pluralisme méthodologique

Aussi banale que paraisse l'affirmation tant pour les économistes, que pour une bonne partie des juristes familiers de l'économie, l'économie se caractérise par une pluralité de méthodes. Cette spécificité l'éloigne des sciences de la nature dont elle se réclame pourtant. En l'état actuel des sciences économiques, parler d'*analyse économique* de façon univoque est un contre-sens logique: il existe *des analyses économiques* qui diffèrent en fonction du paradigme ontologique auquel elles se réfèrent. Coexistent, ou ont coexisté à ce titre l'école classique, l'école historique dont s'est par la suite inspirée l'institutionnalisme américain, l'école marxiste, l'école de la régulation<sup>85</sup>, l'économie cognitive, etc. À cela s'ajoute le renouveau de la sociologie économique, de l'anthropologie économique<sup>86</sup> et des théories institutionnalistes<sup>87</sup>. Tous ces paradigmes cohabitent sans nécessairement se rejoindre.

Et contrairement aux sciences empirico formelles, la pluralité des paradigmes que connaît le discours économique n'est pas prête de se réduire malgré la sophistication croissante des méthodes d'analyse «*La pensée économique n'est pas unifiée. Sans doute une certaine unanimité peut se faire sur l'existence de quelques lois fondamentales, telles que l'impossibilité de répartir durablement plus qu'il n'a été produit ou les dangers d'une inflation galopante (...) Mais, au-delà de ces mécanismes les plus élémentaires, les divergences d'analyses sont nombreuses et les propositions concrètes de politique qui en découlent sont le plus souvent contradictoires voire diamétralement opposées*»<sup>88</sup>. McCloskey illustre encore mieux le problème: «*La masse énorme des preuves modernistes, rassemblées en majorité à Chicago, établissant par exemple que la publicité a une influence négligeable sur les bénéfiques, laisse de marbre de nombreux autres collègues. Pourquoi? Pour quelles raisons les preuves de Chicago laissent-elles de marbre les institutionnalistes du Texas, les*

---

<sup>85</sup> Les principaux représentants de ce courant sont M. AGLIETTA, O. FAVEREAU, A. ORLEANS, R. BOYER, qui rejettent principalement le paradigme néo-classique en raison de sa faiblesse empirique dans l'appréhension de la complexité du réel économique.

<sup>86</sup> V. entre autres, les travaux de L. KARPIK, F. LEBARON, P. STEINER ou C. LAVAL

<sup>87</sup> Pour un exposé sur cette question: B. CHAVANCE, *L'économie institutionnelle*, La découverte 2007; P. MIROWSKI, B. MAURIN, *Plus de chaleur que de lumière*, Economica, 2002; P. MIROWSKI, *Natural images in Economics thought: Markets read in tooth and claw*, op.cit. Au sein de ce renouveau de la pensée institutionnaliste, il faudrait pouvoir distinguer la nouvelle économie institutionnelle (R. Coase, O. Williamson, D. North, M. Aoki) et un courant plus critique s'inspirant de la pensée des premiers institutionnalistes (W. Samuels, G. Hodgson), in B. CHAVANCE, *L'économie institutionnelle*, op.cit, p.59-64.

<sup>88</sup> J. BREMOND, A. GELEDAN, *Dictionnaire des théories et mécanismes économiques*, Hatier, 1984, p.3.

*autrichiens de l'université de New York, les marxistes du Massachusetts ou encore les néo-classiques de Berkeley*»<sup>89</sup>.

De même, l'utilisation d'une syntaxe commune au sein du courant néoclassique, n'est pas nécessairement le signe d'une convergence<sup>90</sup>. Sur le rôle de l'État, Walras se rapproche davantage des thèses socialistes; Stiglitz des thèses keynésiennes; Friedman et Buchanan du néolibéralisme. Le même clivage se rencontre dans l'appréciation des politiques de concurrence. Une telle hétérogénéité commande de stipuler une définition très large de l'*analyse économique*. On désignera par là, le langage savant de la communauté des économistes: «*L'analyse économique désigne l'ensemble des connaissances admises et reconnues comme telles par la communauté savante, issue de la recherche normative. Cela n'implique en rien qu'elles soient partagées par tous (bien des analyses se disputent l'explication d'un phénomène déterminé), mais elles sont identifiées en tant que modèles théoriques savants, répondant à des critères définis, et dont la finalité est de proposer des grilles de lecture d'une réalité qu'il est plus malaisé d'appréhender*»<sup>91</sup>.

Depuis le début des années deux mille, l'enseignement de l'économie souffre en son sein de contestations<sup>92</sup>. Les uns dénoncent l'excès de formalisme mathématique dont il est l'objet; d'autres prônent un enseignement respectueux du pluralisme méthodologique à la place du discours néoclassique dominant; d'autres enfin désapprouvent la césure progressive qui s'opère entre les mondes imaginaires de la théorie économique et le monde réel<sup>93</sup>. En France, ces critiques se sont regroupées sous la bannière des *éconoclastes* et ont abouti à la publication d'un rapport<sup>94</sup>. En dépit des contestations internes dont il fait l'objet, le savoir économique continue de bénéficier, aux yeux du profane, d'un crédit de science sociale la plus dure<sup>95</sup>. À l'analyse cependant, nombre de problèmes viennent réfuter ce lieu commun.

---

<sup>89</sup> In L. FROUBERT, «*Si vous êtes si malins...*», *op.cit.*, p. 86-87.

<sup>90</sup> On désignera alors par méthode néoclassique, une syntaxe pour une grande part fondée principalement (mais pas uniquement) sur la référence à des modèles hypothético-déductifs lesquels rendent compte de façon simplifiée, de phénomènes considérés comme économiques: C. JESSUA, C. LABROUSSE, *et.al*, *Dictionnaire des sciences économiques*, PUF, 2001, p.332.

<sup>91</sup> In A. BRUNO, *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, *op.cit.*, p.30; J. CALVET, *Analyse économique, les concepts de base*, PUG, 1996.

<sup>92</sup> Pour une discussion sur ce point: P. DASGUPTA, «*Modern Economics and its critics*», in U. MÄKI (ed), *Fact and fiction in Economics. Models, Realism and Social construction*, Cambridge Univ. Press, 2002, p.57-89.

<sup>93</sup> Les ECONOCLASTES, *Petit bréviaire des idées reçues en économie*, La découverte, 2004, p.6.

<sup>94</sup> Ce mouvement critique a donné naissance aux «*éconoclastes*» et au rapport Fitoussi de 2001: «*L'enseignement de l'économie*», *Problèmes économiques*, n°2047 du 17 mars.2004. Initié en France, ce mouvement s'est par la suite exporté en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis: E. FULLBROOK, *A guide to what's wrong with economics*, Anthem Press, London, 2004, p.1-9.

<sup>95</sup> B. MARIS, «*Economistes, experts et politiques*», *Innovations*, n°17, 2003, p.9-27.

## B- Le problème de la spécification des concepts

En dépit d'une syntaxe de plus en plus sophistiquée, le discours économique peine encore à préciser le cadre analytique des concepts dont il se sert pour comprendre le monde. Si les économistes parviennent à étendre progressivement leur champ de connaissance, ce n'est, paradoxalement, qu'au prix d'un effort analytique de plus en plus négligé<sup>96</sup>. Le problème peut d'ailleurs se reformuler en ces termes: faut-il considérer la validité d'un modèle, du point de vue de sa correspondance avec le réel ou, hypothèse sensiblement différente, par référence aux axiomes de départ qui le définissent? Dans le second cas, de quelle façon s'assurer de la pertinence empirique des analyses? L'énoncé de la forme «*Si l'on suppose que les entreprises maximisent sur le modèle de la rationalité instrumentale leurs profits, alors il s'en suit que les marchés sont globalement efficaces*» est en effet tautologique<sup>97</sup>. Si l'on emprunte aux catégories de la logique formelle, on dira que cet énoncé est valide, mais non pas vrai<sup>98</sup>.

C. Mouchot<sup>99</sup> affirme en ce sens, qu'une proposition valable suppose d'en spécifier la cause ainsi que les effets. Ce qui revient à s'interroger sur la validité de notre énoncé précédent<sup>100</sup> «*(...) force est de reconnaître que de très nombreux concepts économiques (tous?) ne sont pas strictement définis: ce simple fait explique déjà, pour une part au moins, la «faiblesse» de la causalité en économie*»<sup>101</sup>. Qu'entendre en effet par «rationalité» ou «marché»<sup>102</sup>? La spécification, faut-il le rappeler, permet d'une part de circonscrire le fait

---

<sup>96</sup> C. SCHMIDT, *La sémantique économique en question*, Calmann-Levy, coll. «perspectives de l'économie», 1985.

<sup>97</sup> Pour une position analogue: A. ROSENBERG, *Economics, Mathematical Politics or Science of diminishing returns?* 1992, *op.cit.*, spec. «The Positivist Alternative», p.139-180.

<sup>98</sup> Il convient de souligner cependant que le critère de la «vérité» d'un énoncé est quelque chose de très discuté au sein de la philosophie économique. Usakali Mäki pose que pour les économistes, «vérité» rime avec la proposition de la forme: telle théorie T est susceptible d'être vraie au regard de ses prémisses analytiques. Pour une démonstration de cette affirmation: U. MÄKI, «Some reason for nonrealism about economics», in U. MÄKI, (ed), *Fact and fiction in Economics*, Cambridge Univ Press, 2002, p.90-104.

<sup>99</sup> C. MOUCHOT, *Méthodologie économique*, Seuil, 2003, p.135-136. Dans le même sens, C. Schmidt affirme: «*Quant à la philosophie des sciences, elle nous informe, grâce à Carnap, de la structure inhérente à tout langage scientifique. Si l'économie s'est le plus souvent dotée d'une robuste syntaxe, elle reste encore balbutiante et maladroite au niveau de sa sémantique. La place qu'occupe actuellement la charpente de l'équilibre général fournit l'illustration la plus frappante du rôle dominant joué par la syntaxe dans le processus d'élaboration théorique en économie. Si les conditions d'existence d'une fonction d'évaluation ont pu être dégagées depuis un moment, la signification du terme «préférer», qui devrait pourtant fonder son interprétation, n'a toujours pas été précisée. L'écart qui se creuse, entre une syntaxe toujours plus puissante et une sémantique restée rudimentaire, quant elle n'est pas simplement absente, constitue un symptôme préoccupant qui focalise inévitablement l'attention de l'épistémologue*», in *La sémantique économique en question*, *op.cit.*, p.13.

<sup>100</sup> C. MOUCHOT, *op.cit.*, p.137-153.

<sup>101</sup> C. MOUCHOT, *op.cit.*, p.137.

<sup>102</sup> Le concept de rationalité, déduit à l'origine à cette phrase de A. Smith: «*Ce n'est pas de la bienveillance du boucher, du marchand de bière ou du boulanger, que nous attendons notre dîner, mais bien du soin qu'ils*



auquel on réfère, d'autre part de solidifier la rigueur syntaxique des théories<sup>103</sup>. Un concept est d'autant mieux spécifié qu'il dénote un fait, et plus il y a de spécifications, plus il est possible de parvenir à une reformulation complexe de propositions plus simples<sup>104</sup>.

François Simiand montre de quelle façon il est possible de dériver d'une même proposition plusieurs déductions possibles<sup>105</sup>: «*La libre concurrence, nous dit-on, est le régime économique qui, par son jeu naturel, fera jouir l'homme des meilleurs produits aux moindres frais. Les producteurs, en effet, obligés de se disputer la clientèle, auront tout intérêt à la servir de la façon qu'elle y trouve son plus grand avantage avec le moindre sacrifice. Mais comment le consommateur décide-t-il de ses avantages ou de ses sacrifices? (...). Entre deux espèces d'un même produit, ou encore entre deux produits de même destination, si le sacrifice nécessaire à l'acquisition est pareil (p.ex. si les prix et les conditions de paiement sont identiques), le client se décidera selon le plus grand avantage (c'est-à-dire ici selon la meilleure qualité); si l'avantage est pareil, c'est la grandeur du sacrifice (p.ex. la différence de prix) qui fondera le choix. Mais si l'alternative posée au client combine une différence d'avantage avec une différence de sacrifice (...), comment l'intérêt personnel guidera-t-il le choix du consommateur? (...) Quelle prévision par suite pourrons-nous faire sur la conduite de l'homme économique moyen? De cette conduite pourtant dépendra un effet important de la libre concurrence: selon que la première ou la seconde alternative aura généralement la préférence, la production en libre concurrence tendra, avant*

---

*apportent à leurs intérêts: et ce n'est jamais de nos besoins que nous leur parlons, c'est toujours de leur avantage»* (in A. SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Gallimard, coll. «Idées», Paris, 1976, p.48.) n'avait, dans la pensée de Smith, pas pour ambition de concevoir l'utilité indépendamment d'un système de préférence commun à l'ensemble des individus. Dans le système de Smith, le calcul de l'utilité individuelle supposait une axiomatisation inscrite dans une «*propriété sociale du genre humain*». De plus, le système mercantile dans lequel Smith inscrit la validité de son concept d'utilité n'était pas le seul système d'économie politique possible: C. SCHMIDT, *La sémantique économique en question*, op.cit, p. 86- 120. En effet outre ce modèle néoclassique, le comportement rationnel peut se définir au regard de la réaction d'autres individus: c'est l'apport essentiel de la théorie des jeux. Dans un troisième sens, la rationalité peut se comprendre selon une subjectivité radicale: dans ce cas de figure, c'est sur la finalité poursuivie par l'individu et lui seul qu'il est mis l'accent sans forcément que cette finalité soit interprétée en fonction d'un objectif de maximisation de «l'intérêt». L'individu est censé agir indépendamment de toute influence extérieure. C'est là l'un des principes de *l'a priorisme* radical autrichien. Dans un quatrième sens, la rationalité est envisagée de façon plus générale: l'individu poursuit des fins grâce à des moyens sans forcément que ces moyens soient orientés vers la satisfaction d'une utilité. Enfin, la rationalité peut s'inscrire dans une approche psychologique tenant compte des croyances et des représentations individuelles; la posture, dans ce dernier cas, est empruntée à l'économie dite cognitive. Loin de discuter chacun de ces différents sens possibles de rationalité, nous voulons essayer d'esquisser par elles, l'ambiguïté terminologique qui peut parfois s'attacher aux propositions contenant le concept de «rationalité» en économie. Sur cette question, v., la livraison du *Cah.d'éco.polt*, n° spécial: *l'agent économique: théorie et histoire*, n°49, 2005/2. Pour une autre illustration de ce risque de polysémie: C. LARRERE, «Les économistes et la loi: l'exemple des physiocrates», *Economies et Sociétés*, 2007, n°39, p.1609-1625.

<sup>103</sup> M. SCHLIK, *Théorie générale de la connaissance*, trad. C. Bonnet, NRF/Gallimard, 2009.

<sup>104</sup> M. SCHLIK, *Forme et contenu: une introduction à la pensée philosophique*, trad. D. Chapuis-Schmitz, Agone, 2003.

<sup>105</sup> F. SIMIAND, *Critique sociologique de l'économie*, op.cit, p.61-74.

*tout, au bon marché du produit, sans grand souci de la qualité, ou au contraire à la bonne qualité du produit, sans préoccupation dominante de baisser les prix*»<sup>106</sup>. Nombre de catégories du discours économique peinent d'une part à être empiriquement vraies et, d'autre part, à rendre compte d'un phénomène spécifique. Sur ce point, les propositions néoclassiques font face à la difficulté de formuler des propositions synthétiques valables<sup>107</sup>. Il ne peut qu'en résulter la contradiction déjà évoquée d'une grammaire analytique développée dépourvue dans son ensemble, de toute correspondance empirique<sup>108</sup>. Cette première objection ne disqualifie pas dans l'ensemble le savoir économique, mais invite à la prudence dans l'examen des différentes propositions qui le constituent. Le contrôle des phénomènes économiques invite à la même circonspection.

## **Paragraphe 2: Quelle empirie pour quel contrôle des phénomènes économiques?**

Tout discours à vocation scientifique décrit son objet à partir d'un protocole de vérification empirique qui a pour but d'évaluer la véracité des hypothèses avancées<sup>109</sup>. Ces questions d'ordre épistémologique restent source de controverses en économie. Certes, ces dernières ne sont pas nouvelles. Amorcées dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle à travers le débat austro-allemand sur la querelle des méthodes, elles n'ont cessé de jalonner la matière<sup>110</sup>. On se

---

<sup>106</sup> F. SIMIAND, *Critique sociologique de l'économie*, op.cit, p.38-39. L'auteur poursuit et affirme: «*Même dans le cas déclaré simple de deux produits similaires à prix identiques, mais de qualité différente, s'il est évident que l'homme économique, cherchant son plus grand intérêt, choisira la meilleure qualité, une question importante demeure: que sera précisément, pour le consommateur, la meilleure qualité? Des nombreux éléments qui contribuent à la qualité du produit, beaucoup vraisemblablement sont tels que l'acheteur ordinaire est tout à fait incompetent à les apprécier. Ainsi ces deux éléments que le consommateur peut connaître tendront à être développés de préférence, exclusivement peut-être, aux dépens des autres: or ils peuvent être tout secondaires, même parfois insignifiants, au regard des propriétés où peut résider le véritable progrès de la qualité. L'art de la réclame fait grand profit de cette observation. Les véritables propriétés d'un chocolat, par exemple, sont assez difficiles ou délicates à éprouver pour le consommateur courant: mais la propriété d'être «le seul qui blanchisse en vieillissant», bien que puérile en apparence, a, dit-on, fondé la célébrité de la maison qui la vanta dans ses produits. Comment savoir quels avantages invoqués ou présentés seront jugés par l'homme économique les plus conformes à cet intérêt personnel dont le principe devait expliquer toute son action économique? Et, sans le savoir, comment conclure touchant les effets que la production individualiste en libre concurrence aura sur la qualité des produits?*», in F. SIMIAND, *Critique sociologique de l'économie*, op.cit.

<sup>107</sup> D. HAUSMAN, *The Inexact and Separate Science of Economics*, Cambridge Univ Press, 1992; A. ROSENBERG, *Microeconomic Laws. A Philosophical Analysis*, Pittsburgh Univ Press, 1976.

<sup>108</sup> F. SIMIAND, «De l'économie mathématique», in *Critique sociologique de l'économie*, PUF, 2006, p. 87-113.

<sup>109</sup> E. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006, p.51-67.

<sup>110</sup> Le débat opposait G. Schmoller à C. Menger sur la façon de construire les bases d'une science économique. Si l'école historique prônait un «empirisme» fondé sur une méthode inductive et interdisciplinaire, Menger soutenait que la science économique devait être construite (comme toute science) sur un ensemble de «lois» générales et universelles. Cette opposition est en réalité réductrice car les termes du débat sont beaucoup plus

focalisera à cet égard, sur quelques problèmes du courant néoclassique en matière d'empirie (A). De là, il faudra en tirer les conséquences s'agissant des normes: l'emploi d'une grammaire néoclassique en droit de la concurrence ne préjuge, ni d'une posture compréhensive ni même prescriptive. Tout dépend de la nature des énoncés formulés (B).

#### A- Qu'entendent les économistes néoclassiques par fait?

Un regard sur l'évolution de la méthodologie économique permet de se rendre compte à l'origine qu'elle s'ancre dans une approche résolument empirique. Il s'agit, en d'autres termes, de connaître le réel à partir d'inférences inductives. Ce dernier procédé désigne une démarche d'observation libre et sans préjugé des faits, de laquelle on tire des inductions générales, ou théories<sup>111</sup>. Les «lois», ou théories *«voient en dernier lieu, la vérité qu'elles comportent testées par la comparaison de leurs conséquences empiriques avec tous les faits observés, y compris ceux qui leur ont donné naissance»*. Cette méthode est celle des classiques: Mill, Cairnes, ou encore de John Neville Keynes (*System of logic, Ratiocinative and inductive de 1843*)<sup>112</sup>.

Ce procédé est bientôt supplanté, sous l'influence du positivisme logique, par un paradigme déductif-nomologique, considéré comme le seul valable jusque dans le milieu des années 1970. Cette nouvelle réification des propositions analytiques préconise, à partir de prémisses stipulées, une déduction de lois plus générales: *«(...) chaque fois que les événements A se produisent, les événements B se produisent également» (...)*. Par règle de «logique déductive», nous entendons un type de raisonnement infaillible par syllogisme tel que: *«si A est vrai, alors B est vrai; A est vrai c'est pourquoi B est vrai»*. Il est à peine besoin d'ajouter que la logique déductive est un calcul abstrait et que la vérité logique du raisonnement déductif ne dépend nullement de la vérité factuelle soit du prémisses principal *« si A est vrai, alors B est vrai», ou du prémisses mineur, «A est vrai» (...)* Les lois universelles sur lesquelles reposent les explications ne sont pas extraites grâce à des généralisations inductives de cas particuliers; ce sont de pures hypothèses, des conjectures faites par des auteurs, que l'on peut tester en les utilisant pour faire des prévisions relatives à tel ou tel événement, mais que l'on ne peut pas réduire, elles-mêmes, à de simples observations

---

complexes qu'ils paraissent. On peut utilement se reporter sur cette question à l'ouvrage précité de G. CAMPAGNOLO, *Carl Menger, entre Aristote et Hayek, op.cit.*

<sup>111</sup> M. BLAUG, *Méthodologie économique*, Cambridge Survey of economic litterature, Economica, 1991, p.4.

<sup>112</sup> V. J. N. KEYNES, *The Scope and Method of political Economy*, Transaction Publishers, 2010.

d'événements»<sup>113</sup>. Cette manière de faire la science trouve son apogée dans les années cinquante avec la formalisation de l'équilibre Arrow-Debreu, la théorie des cycles économiques ou, plus récemment, celles des jeux<sup>114</sup>.

Vers la fin des années soixante-dix, l'assimilation aux sciences de la nature va conduire les économistes à se tourner vers l'épistémologie poppérienne. L'expérience va se révéler être une cruelle désillusion. L'épistémologie poppérienne suppose, on le sait, de considérer un énoncé comme scientifique dès lors qu'il satisfait au critère de falsifiabilité<sup>115</sup>. Pour le dire succinctement, falsifier signifie encore infirmer. Un énoncé est dit scientifique, s'il satisfait cette condition, en d'autres termes, s'il est possible de le réfuter par l'expérience au regard d'une théorie<sup>116</sup>. La science se définit dès lors comme un ensemble d'hypothèses ou d'expériences falsifiables; elle ne retient, parmi cette catégorie d'énoncés, que celles qui résistent le mieux au critère de falsification, c'est-à-dire aux hypothèses «corroborés»<sup>117</sup>. Rares, pour ne pas dire aucunes, sont les théories économiques à avoir pu satisfaire ces exigences épistémologiques. Loin de conforter sa représentation de science dure, la référence à Popper a plutôt ébranlé les certitudes de l'*analyse économique*<sup>118</sup>.

Ainsi que l'indique Nadeau «(...) il faut d'abord être clair sur le fait que Karl Popper a très peu traité d'économie. Et s'il fallait caractériser d'un trait l'attitude du philosophe de Londres face à cette discipline scientifique, il faudrait probablement dire que Popper est passé, en l'espace de cinquante ans, de l'idée que l'économie était une science particulièrement réussie permettant de nourrir de très grands espoirs en matière de «génie

---

<sup>113</sup> M. BLAUG, *op.cit.*, p.4-5.

<sup>114</sup> J. VON NEUMANN, *Les fondements mathématiques de la mécanique quantique*, Paris, Alcan, 1946; K. ARROW, G. DEBREU, «Existence of an Equilibrium for a Competitive Economy», *Econometrica*, 1954, vol.22, p.265-290; K. ARROW, H. D. BLOCK, L. HURWICZ, «On the Stability of Competitive Equilibrium, II», *Econometrica*, 1959, vol.27, p.82-109; J. VON NEUMANN, O. MORGENSTERN, *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton Univ Press, 3<sup>e</sup> ed. 1980; R. M. GOODWIN, *Essays in Economic Dynamics*, London, Macmillan, 1982.

<sup>115</sup> M. BLAUG, *op.cit.*, p.12.

<sup>116</sup> Expérience s'entend par la confrontation de faits compatibles.

<sup>117</sup> Popper affirme à cet effet: «Nous disons qu'une théorie est falsifiable dans le seul cas où nous avons accepté des énoncés de base qui sont en contradiction avec elle. Cette condition est nécessaire mais non suffisante. En effet, nous avons vu que des événements singuliers non reproductibles n'ont pas de signification pour la science. Aussi quelques énoncés de base isolés en contradiction avec une théorie ne nous décideront-ils guère à rejeter cette théorie comme falsifiée. Nous ne la considérerons comme falsifiée que si nous découvrons un effet reproductible qui la réfute.», in K. POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, Payot, 2007, p.85.

<sup>118</sup> F. Hayek est l'un des rares économistes de son temps à avoir examiné avec soin, le problème de la vérification empirique des hypothèses et des modèles économiques. Dans son ouvrage *Individualism and economic order*, l'économiste autrichien s'interroge sur ce qu'il convient d'entendre par «information» et «connaissance» dans l'interprétation du modèle d'équilibre. Ce modèle on le sait, est en économie, l'un des plus aboutis sur la modélisation de la concurrence pure et parfaite. Il mobilise par ailleurs dans sa formulation, les concepts d'«information» ou de «connaissance». Hayek fait remarquer que si l'évolution de la connaissance économique est faite de modèles successifs, dont celui d'équilibre paraît être le plus abouti, le contrôle de cette connaissance pose encore, un certain nombre de problèmes épistémologiques, notamment d'ordre sémantique. Il met l'accent sur l'ambiguïté du terme «fait» en économie.

social», à l'idée que, finalement, «on peut discuter sur le statut scientifique de l'économie» et que, chose plus importante encore, «les théories économiques ne contribuent que faiblement à la résolution de nos problèmes pratiques et quotidiens», ce qui constitue selon lui «la vraie question»<sup>119</sup>. Face à ces limites, plusieurs économistes et philosophes ont entrepris une remise en cause critique du discours économique. De Mc Closkey, à Heilbroner, Hausman, Sen, Weintraub, Samuels, Mäki ou Hirschman, ces auteurs interrogent le concept de «science» tel qu'il est aujourd'hui pratiqué par les économistes<sup>120</sup>. Au lieu de prendre pour échelle de valeur les sciences exactes, ils proposent de recentrer l'analyse sur la possibilité de se doter de protocoles de vérification cohérents ou encore, sur les différentes ontologies des courants de pensée économiques.

Différentes réactions ont résulté de ce mouvement critique. Pour autant, la manière de faire l'économie au quotidien et avec elle la croyance dans la scientificité des modèles n'en a pas été totalement ébranlée<sup>121</sup>. Une réinterprétation particulière du concept de science permet de pérenniser le paradigme néoclassique, les faits devenant synonymes de corrélations statistiques. Examinons plus avant ce point. Dans un ouvrage désormais célèbre, Friedman et avec lui nombre d'économistes soutiennent, contrairement aux critiques évoquées, la possibilité d'une méthodologie positive rigoureuse sur le modèle des sciences de la nature<sup>122</sup>.

La scientificité d'un modèle ne réside pas dans sa capacité à rendre compte de la réalité, mais plutôt dans la façon dont cette réalité est prédite; à lui seul en effet, le modèle ne peut intégrer le complexe des faits; et c'est la raison pour laquelle, afin de parvenir à un ensemble de simplifications généralisables, les hypothèses qui le constituent doivent être le plus possible, éloignées de la réalité. Les prédictions du modèle sont ensuite confrontées avec

---

<sup>119</sup> R. NADEAU, «Popper et la méthodologie économique: un profond malentendu», *Rev. Synthèse*, n°1, 1993, p.61-85. Comme l'indique M. Blaug: «je soutiens personnellement, au contraire, que la faiblesse essentielle de l'économie moderne est sa répugnance à produire les théories qui conduisent à des conclusions réfutables sans ambiguïtés, accompagnée d'une mauvaise volonté générale de confronter ces conclusions à la réalité», in M. BLAUG, *op.cit.*, p.219.

<sup>120</sup> D. McCLOSKEY, *Knowledge and Persuasion in Economics*, Cambridge, Cambridge Univ Press, 1994; R. HEILBRONER, *La pensée économique en crise*, Paris, Economica, 1998; D. HAUSMAN, *The Separate and Inexact Science of Economics*, Cambridge, Cambridge Univ Press, 1991; U. MÄKI, *The Economic World View*, Cambridge Univ Press, 2001; U. MÄKI, *Fact and Fiction in Economics, Models, realism and Social Construction*, 2002, Cambridge Univ Press, 2002; A. SEN, *L'économie est une science morale*, La découverte, 2004; R. WEINTRAUB, *Stabilizing Dynamics: constructing Economic Knowledge*, Cambridge, Cambridge Univ Press, 1991; W. J. SAMUELS, *Economics as a discourse: An analysis of Language of Economist*, London, Kluwer Academics, 1990; A. HIRSCHMAN, *Deux siècles de rhétorique réactionnaire*, Paris, Fayard, 1991.

<sup>121</sup> Certains économistes, tels les néo-institutionnalistes, ont tenté d'apposer l'approche néoclassique traditionnelle, celle hétérodoxe des institutionnalistes américains sur l'étude des «institutions». Pour un point de vue critique de cette nouvelle approche: L. BAZZOLI, *L'économie politique de J. R Commons, essai sur l'institutionnalisme en sciences sociales*, L'harmattan, 1999.

<sup>122</sup> M. FRIEDMAN, «The methodology of positive economics», in *Essays in positive economics*, Chicago, Univ of Chicago Press, 1953. Cet ouvrage a fait l'objet de travaux critiques récents: U. MÄKI, *Methodology of Positive Economics: reflexions on the Milton Friedman Legacy*, 2009, Cambridge Univ Press.

les «faits», assimilés par Friedman à un ensemble de corrélations statistiques. Pour pallier le défaut de pertinence empirique des modèles, il suffit par conséquent, de faire «*comme si*» ces hypothèses étaient vraies<sup>123</sup>. On peut indiquer en passant que l'économie du droit dans sa version dominante se sert des mêmes prémisses méthodologiques dans le but démontrer par exemple, l'efficacité de la *Common Law* sur le droit continental<sup>124</sup>. Cette brève présentation de la science selon Friedman, incline à penser qu'il partage la même épistémologie que Popper. Des divergences sensibles existent cependant entre les deux auteurs<sup>125</sup>.

Une première différence est que Popper considère une prédiction valide à partir du moment où l'on peut s'assurer de la vérité de ses prémisses. En ce sens, prédire un fait sur la base d'hypothèses irréalistes, voire autoréalisatrices, n'a rien de satisfaisant s'il n'est pas possible d'en contrôler les hypothèses de base<sup>126</sup>. En conséquence, s'assurer du lien entre les hypothèses et la prédiction observée constitue un premier point de discordance entre les épistémologies de Friedman et de Popper<sup>127</sup>. Une seconde différence tient au statut de la

---

<sup>123</sup> L'argument a été utilisé par Posner ou Coase afin de démontrer que le système de *Common Law* fonctionnait «*comme s'il*» était efficace. Pour un point de vue critique: C. WILBER, J. WISMAN, «Chicago School: positivism or ideal type», in W. SAMUELS, *The Chicago School of political economy*, p.79-93, *op.cit.*

<sup>124</sup> G. PRIEST, «The Common Law process and the selection of efficient rules», *Journ. Legal. Studies*, vol.6, 1977, p.65-82. Pour une discussion sur ce thème: M. LOMBARD, «De Colbert à Posner: malentendu sur l'économie du droit», *Forum de droit international*, n°6, 2004, 81-87; A. RAYNOUARD, «Faut-il avoir recours à l'analyse économique du droit (AED) pour assurer l'efficacité économique du droit?», *Cahiers de méthodologie juridique*, n° spécial, *L'analyse économique du droit autour d'Ejan Mackaay*, 2009, p.2509-2521.

<sup>125</sup> S. WONG, «The F. Twist and the methodology of P. Samuelson», *Am. Eco.Rev.*, n°3, 1973, p.312-325; pour une discussion de l'analogie entre la méthode de Friedman et celle de Popper, v., le n° spécial de la revue *Economies et Sociétés: La pensée de Karl Popper et la science économique*, n°8, 1987.

<sup>126</sup> I. THIS, «Problèmes épistémologiques liés à l'autoréalisation des théories et prévisions économiques», *Rev. éco*, 1996, n°3, p.555-565.

<sup>127</sup> Rares sont les écrits de Popper sur la méthodologie économique. Cependant, dans un article paru dans un recueil d'essais en l'honneur de J. Rueff sur la rationalité et le statut du principe de rationalité, Popper semble se démarquer des positions de M. Friedman. Popper commence par distinguer deux catégories de problèmes: celle qui consiste à expliquer ou prévoir un événement «*singulier ou un petit nombre d'événements*»; et celle qui consiste à «*expliquer ou prévoir une espèce ou un type déterminé de d'événements*». Popper soutient que: «*(...) il me semble que dans les sciences sociales théoriques, il n'est pratiquement jamais possible de répondre à des questions de la première catégorie*». Or il semble que l'économie s'attache bien souvent à résoudre ce premier type de problèmes au moyen de questions de la forme: «*Quand aura lieu le prochain accroissement du taux de chômage dans les Midlands ou dans l'Ouest de l'Ontario*», ou encore celles qui consistent à prédire la survenance de crises économiques, l'anticipation du taux de chômage ou de la croissance dans un futur à moyen terme. Cette tendance suffit, si l'on en croit Popper, à discréditer, bon nombre de prédictions économiques qui surviennent à l'occasion d'événements particuliers (par exemple la hausse du baril de pétrole dans les années 70 ou encore l'influence de la guerre en Irak sur l'économie mondiale). Seuls seraient dignes d'être modélisées, la seconde catégorie de problèmes que Popper illustre en ces termes: «*Pourquoi constate-t-on des hausses et des baisses saisonnières de l'emploi dans l'industrie de la construction?*». De surcroît, Popper affirme très clairement que le «*principe de rationalité*» (qui correspond à un modèle de comportement que Popper suppose généralisable) est empiriquement faux. Néanmoins, il choisit de conserver cette hypothèse forte afin de pouvoir la comparer avec les actions réelles des agents. La comparaison permet alors d'expliquer l'écart entre le comportement observé et celui supposé du principe de rationalité. Une fois constaté cet écart entre les deux situations, on peut alors chercher à comprendre les motivations qui ont poussé les agents à s'éloigner du «*principe de rationalité*». Cette démarche n'est pas sans rappeler la sociologie de Weber. Et, formulée dans ce sens, elle justifie amplement le recours à un modèle abstrait en ce que le premier sert de cadre à la compréhension des actions des individus. Rien de tel chez Friedman qui ne justifie pas l'utilisation du modèle de

prédiction elle-même<sup>128</sup>: faut-il parler de prédictions ou de prophéties auto-réalisatrices comme l'illustrent un certain nombre de travaux<sup>129</sup>? À cela s'ajoute la confusion qui préside à l'utilisation de la clause *caeteris paribus*<sup>130</sup>. Dans le discours des sciences de la nature, cette clause confirme, eu égard à un ensemble de régularité causale, le caractère provisoire d'une proposition générale qui en dérive. Dans le cas des sciences économiques, la réciproque n'est pas vraie. L'économiste ne modifie presque jamais les «lois» dont il se sert pour prédire<sup>131</sup>. Simplement, il paramètre différemment son modèle ou considère que des faits contraires ne permettent nullement de réfuter la validité de sa théorie<sup>132</sup>.

---

rationalité instrumentale dont il se sert pour justifier la validité de prédictions économiques. in K. Popper, «La rationalité et le statut du principe de rationalité», Essais rédigés en l'honneur de J. Rueff, *Les fondements philosophiques des systèmes économiques*, op.cit, p.144-150.

<sup>128</sup> Pour une approche critique de la possibilité de prédire en économie: A. ROSENBERG, *Economics: Mathematical Politics or Science of Diminishing Returns?* Chicago, Univ Chicago Press, 1992.

<sup>129</sup> I. THIS, «Problèmes épistémologiques liés à l'autoréalisation des théories et prévisions économiques», *Rev. éco*, 1996, op.cit; A. ORLEANS, «Les croyances et représentations collectives en économie», in B. WALLISER (éd.), *Économie et Cognition*, ed. «Ophrys et Maison des Sciences de l'Homme», 2008.

<sup>130</sup> Sur cette question: J. BUCHANAN, «Ceteris Paribus, some notes on Methodology», 1958, *Southern Eco Journ*, vol.21, p.259-270.

<sup>131</sup> C. WILBER, J. WISMAN, «Chicago school: positivism or ideal type?», op.cit, p.86-87. Supposons la proposition générale que l'on appellera «loi» selon laquelle tous les hommes sont rationnels c'est-à-dire maximisent leur utilité au sens ou peut l'entendre la théorie néoclassique (information complète, recherche maximale de l'utilité). Supposons encore que nous voulions prédire sur la base cette «loi» le comportement futur d'entreprises (que nous assimilons à celui d'individus rationnels) sur un marché X. Supposons enfin qu'une fois notre prédiction réalisée, il soit constaté entre les hypothèses de départ et leur observation empirique, un certain décalage sur le point précis de la rationalité des agents. Pour l'économiste néoclassique, les faits perturbateurs du décalage observé par la prédiction du modèle vont constituer ce qu'il convient d'appeler des «contraintes». Il s'agira d'ajouter ces contraintes au modèle de rationalité pure et parfaite, sans pour autant réfuter la «loi» de base du modèle. Une autre interprétation sera de dire qu'un ensemble de réfutabilités ponctuelles ne prouve en rien qu'il faille abandonner ladite «loi» de la rationalité pure et parfaite à la base du modèle. Enfin, une troisième interprétation soutiendra qu'un modèle ne constitue, après tout une représentation stylisée de la réalité et qu'il n'est jamais la réalité elle-même. En substance, les hypothèses qui font le cœur du modèle de rationalité: complétude et transitivité (la complétude signifie que l'on peut toujours comparer deux états du monde quels qu'ils soient. Quant à la transitivité, elle suppose que si l'on préfère A à B et B à C, on préférera toujours A à C. Ces deux hypothèses fortes permettent d'établir des syntaxes mathématiques dans l'interprétation des modèles. Ce sont là encore, des suppositions car on considère si l'on reformule par exemple l'hypothèse de transitivité, que si je préfère une pomme à une poire et une poire à une banane, je préférerai toujours une pomme à une banane. Or cette préférence peut ne pas toujours être constante temporellement) ne seront pas fondamentalement modifiées: H. GUITTON, «Science et exactitude», in *Textes et essais rédigés en l'honneur de J. Rueff, Les fondements philosophiques des systèmes économiques*, Paris, Payot, 1967, p.93-97. Le problème est encore plus accru quand on sait que les informations statistiques par lesquelles sont corrélés les modèles n'élaborent en réalité qu'une moyenne arithmétique. En d'autres termes, à la question de savoir si les Français aiment le chocolat, la réponse ne sera donnée que par référence à une moyenne nationale ce qui exclu d'office toutes les particularités possibles ou les variations de goûts. Pour une discussion de ce thème: R. ARENA, A. FESTRE, «Connaissance et croyance en économie, l'exemple de la tradition autrichienne», *REP*, n°112, vol.5, 2002, p.635-657; R. BOUDON, «Utilité ou rationalité? Rationalité restreinte ou générale?» *REP*, n°112, vol.5, 2002, p.755-772; I. THIS, «Problèmes épistémologiques liés à l'autoréalisation des théories et prévisions économiques», *Rev.éco*, op.cit, p.555-565; U. MÄKI, «Remarks on Models in their truth», *Storia del Pensiero Economico*, n°1, 2006, p. 7-19.

<sup>132</sup> M. LAGUEUX, «Y a-t-il des loi en économie?», in A. BERTHOUD, B. DELMAS, T. DEMALS, *Y a-t-il des lois en économie?* Septentrion, 2007, p.63-67; R. LANNEAU, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law&Economics*, Thèse Paris X, 2009, p.115-155.

De plus, on ne peut mettre sur le même plan les régularités causales d'une loi physique et les corrélations statistiques constitutives de «faits» économiques<sup>133</sup>. La causalité s'entend comme un phénomène dont on est capable de reconstituer les antécédents<sup>134</sup>. Si nous voulons reproduire l'expérience selon laquelle l'eau bout à une température de 100°, il nous faudra pour cela reconstituer les différentes étapes qui en permettent la reproduction. Cette condition manque en économie: isoler les antécédents d'un phénomène économique<sup>135</sup> n'est tout simplement pas possible. À défaut, l'économiste modélise d'abord la réalité préalablement à son observation. Il en résulte que les faits viennent davantage corroborer une théorie que la contredire<sup>136</sup>. Au mieux, les corrélations statistiques répétées tiennent lieu d'explication d'un phénomène économique; on ne peut jamais savoir cependant si la corrélation identifiée est la seule explication possible du phénomène observé. La méthode «positive» au sens de Friedman paye en conséquence un lourd tribut à sa cohérence épistémologique au regard de l'épistémologie poppérienne<sup>137</sup>.

<sup>133</sup> L'illustration de cette ambiguïté se retrouve résumée dans ce propos de H. Guitton: «Nous pouvons redire ainsi pour la vérification des lois ce que nous avons dit de la constatation des faits. Si les lois économiques cessent d'être vérifiées, on les conservera quand même, en imaginant des phénomènes accessoires dus à des causes perturbatrices choisies à cet effet. (...) Grâce à cette procédure nous pouvons encore répéter: «nous sommes sûrs d'avoir raison». La vérification confirme la loi. L'absence de vérification la confirme encore, à condition qu'on soit toujours sûr de trouver avec certitude le phénomène non prévu par les règles, qui a empêché la loi de jouer.», in Textes et essais rédigés en l'honneur de J. Rueff, *Les fondements philosophiques des systèmes économiques*, op.cit, p.92-93; S. JALLAIS, I. THIS-SAINT JEAN, «L'économie néoclassique: le paradigme idéal de la science économique?», *Economies et Sociétés*, n°30, 2000, p.133-145.

<sup>134</sup> C. MOUCHOT propose de définir ainsi la causalité scientifique comme celle qui «relie un phénomène à un autre phénomène, par un cheminement qui nous permet de reproduire l'effet à partir de la cause, au moins en pensée», p.94; pour une comparaison avec les sciences physiques: N. CARTWRIGHT, «The limits of causal order, from economics to physics», in U. MÄKI, *Fact and fiction in Economics. Models, Realism and Social construction*, Cambridge Univ Press, 2002, p.137-151.

<sup>135</sup> O. FAVEREAU, «La science économique et ses modèles», in A. d'AUTUME, J. CARTELIER, *L'économie devient-elle une science dure?* Paris, Economica, 1995, p.130-153.

<sup>136</sup> T. LAWSON, «Modern economics: problem and solution», in E. FULLBROOK, *A guide to what wrong with economics*, op.cit, p.21-32; C. MOUCHOT, op.cit, p.136-155.

<sup>137</sup> M. FRIEDMAN, «The methodology of positive economics», in *Essays in positive economics*, Chicago, Univ Chicago Press, 1953, p.8-20; F. MACHLUP, «L'homo oeconomicus et ses collègues», in Essais rédigés en l'honneur de J. Rueff, *Les fondements philosophiques des systèmes économiques*, op.cit, 117-130. Indiquons au passage que la méthodologie «positive» de Friedman a aussi été contestée par l'aile la plus radicale du néolibéralisme en des mots parfois très durs. Son principal représentant, M. Rothbard, affirme: «Se joignant à la conquête de la science économique par la nouvelle synthèse néoclassique et l'encourageant, il y eut le célèbre article de Milton Friedman de 1953, «La méthodologie de l'économie positive», qui débaya bientôt le terrain et renvoya sans cérémonie Nature et signification de Robbins dans les poubelles de l'histoire (...) Ce que Milton Friedman fit, ce fut d'importer en économie la doctrine qui avait dominé la philosophie pendant plus d'une décennie, à savoir le positivisme logique. De manière ironique, Friedman importait le positivisme logique à peu près au même moment où le contrôle d'une main de fer qu'il exerçait sur la profession philosophique aux Etats-Unis commençait à se relâcher. Pendant trois décennies, nous eûmes à endurer une insistance complaisante sur l'importance vitale de tests empiriques portant sur les déductions faites à partir des hypothèses, importance qui justifiait la prédominance des modèles économétriques et de la prévision, tout autant qu'elle servait d'excuse universelle au fait qu'une théorie fût fondée sur des suppositions qu'on reconnaissait pour fausses et extrêmement irréalistes. Car la théorie économique néoclassique repose sur en effet clairement sur des hypothèses irréalistes proches de l'absurde (...)», trad. G. Campagnolo, in «Seuls les extrémistes sont cohérents», *Rothbard et l'école austro-américaine dans la querelle l'herméneutique*, ENS ed.2006, p.166.



On se rend compte en définitive que le positivisme dont se réclame Friedman, et avec lui, bon nombre de représentants de l'analyse économique du droit<sup>138</sup>, ne correspond en rien à une épistémologie empiriste qui se refuse à tout jugement de valeur dans la description de son objet<sup>139</sup>. La différence vient précisément de ce que l'épistémologie de Friedman reste perméable aux postures compréhensives et prescriptives. En conséquence, elle ne convainc pas de sa capacité à décrire voire prédire de manière satisfaisante, un phénomène donné. Ce que les économistes néoclassiques qualifient de «lois» correspond en réalité à des idéaux-types prescriptifs qui traduisent leurs propres représentations du monde<sup>140</sup>. Ainsi que le souligne fort justement le mathématicien G. Israel, «*Cet attachement est de nature purement idéologique. C'est le reflet d'une image des rapports économiques posés a priori (...)*»<sup>141</sup>. De fait, l'*analyse économique* telle qu'elle se pratique à l'aune du paradigme développé par Friedman, reste poreuse à l'imbrication du descriptif et du prescriptif<sup>142</sup>.

#### B- L'imbrication de propositions prescriptives et descriptives

La méthode néoclassique reste perméable à l'amalgame des registres prescriptifs et descriptifs: un modèle peut autant servir à décrire une situation qu'à formuler des prescriptions<sup>143</sup>. On a, à cet égard, en focalisant sur la question de l'objet, montré que l'*analyse économique* investit, depuis quelques années déjà, le champ du droit et des institutions politiques<sup>144</sup>. À dire vrai, le discours économique a-t-il jamais pu sortir de l'éthique<sup>145</sup>? On peut en douter comme l'indique Godelier: «*les procédures mathématiques restent indifférentes aux objets qu'elles manipulent et la logique du calcul reste partout la*

<sup>138</sup> V. développements supra, Chapitre 2.

<sup>139</sup> V. sur cette méthode, A. ROSS, *Introduction à l'empirisme juridique*, LGDJ, 2004.

<sup>140</sup> In L. FROUBERT, «*Si vous êtes si malins...*» *Mc Closkey et la rhétorique des économistes*, *op.cit.*, p.72.

<sup>141</sup> G. ISRAEL, *La mathématisation du réel*, Seuil, 1996, p.312.

<sup>142</sup> Ces ambiguïtés de postures sont d'autant plus facilitées, qu'elles s'appuient sur bon nombre de préjugés sur la façon de comprendre le réel selon T. Veblen: T. VEBLEN, «*Why economics is not an evolutionary science*», *Quar. Journ. Econ.*, vol.12, 1898.

<sup>143</sup> Sur cette question: M.LAGUEUX, «*Peut-on séparer science et idéologie en économie?*», *Revue de Philosophie économique*, n°11, 2005, p.85-111.

<sup>144</sup> Par ex, J. BUCHANAN (dir.), *What should economists do?* Indianapolis, Liberty Press, 1979; J. BUCHANAN, «*Can Democracy promote the General Welfare?*», in E. FRANKEL PAUL, D. MILLER, *et al.*, *The Welfare State*, Cambridge, Cambridge Univ Press, 1997, p.165-179.

<sup>145</sup> J-C. PERROT, *Une Histoire intellectuelle de l'économie politique, XVII-XVIIIe siècle*, *op.cit.*; A. LEROUX, A. MARCIANO, *Traité de Philosophie économique*, De Boeck Université, *op.cit.*, p.171-196; F. LEBARON, *La croyance économique, les économistes entre science et politique*, Seuil, 2000, p.41; O. DARD, «*Les économistes et le service public d'une guerre à l'autre*», *RHMC*, 2005, n°52, p.119-131; J. ELSTER, *Raison et raisons*, Leçons inaugurales du Collège de France, Fayard, 2006; C. LARRERE, «*Les économistes et la loi: l'exemple des physiocrates*», *op.cit.*

*même*»<sup>146</sup>. Ici, il faut distinguer ce que disent les économistes et ce qu'ils font réellement. En ce sens, la tâche de conseiller le prince est au nombre de celle que les économistes font réellement. Il va sans dire que cette tâche fait appel à un discours prescriptif d'un genre particulier: l'économiste prescrit certes, mais il prescrit selon un genre rhétorique qui s'en éloigne en apparence. L'*analyse économique* se calque pour ce faire, sur le discours de la recherche opérationnelle. Par recherche opérationnelle, il faut entendre le procédé qui consiste, dans l'analyse des phénomènes d'organisation utilisables, à élaborer les meilleures décisions. Autrement dit, minimiser ou maximiser sur la base de calculs la valeur d'une fonction-objectif, quelle qu'elle soit<sup>147</sup>. Sous ce rapport, le discours qu'adresse l'économiste au prince est un discours d'évaluation qui donne l'illusion d'une métrique de problèmes éthiques<sup>148</sup>. Il y a, derrière, une vieille réminiscence de l'atomisme mécaniste des lumières<sup>149</sup>.

Or il faut dès à présent dire, au regard de l'épistémologie humienne selon laquelle ce qui est ne peut se dériver de ce qui doit-être et inversement, qu'une telle démarche n'est pas à l'abri de critiques<sup>150</sup>. En effet, si l'on recentre le propos sur la politique de concurrence, le discours adressé au prince l'est dans un domaine éthique: il s'agit de déterminer les meilleures politiques susceptibles d'améliorer le «bien-être» de la collectivité. Les énoncés formulés dans ce domaine sont trompeurs. En effet, ils correspondent en apparence à des propositions anankastiques<sup>151</sup>. Selon Von Wright, la réalisation de ces dernières suppose une condition nécessaire pour qu'un état de choses entre en existence. Par un exemple soit l'énoncé: afin de renforcer la solidité d'une toiture, les poutres doivent être affinées au fur et à mesure<sup>152</sup>. On voit ici qu'il existe un lien de causalité entre le moyen proposé et le but envisagé de telle manière que sans la réalisation de la première condition (affinage des poutres), l'objectif de construction d'une toiture n'est tout simplement pas possible au moyen de poutres.

---

<sup>146</sup> M. GODELIER, «Objets et méthodes de l'anthropologie économique», *L'Homme*, 1965, vol.5, n°2, p.32-91.

<sup>147</sup> M. GODELIER, *op.cit.*, p.32-91.

<sup>148</sup> Sur la question de l'institutionnalisation de l'expertise économique: L. TOURNES, «L'institut scientifique de recherche économiques et sociales et les débuts de l'expertise économique en France», *Genèses*, n°65, déc. 2006, p.49-70; B. MARIS, «Economistes, experts et politiques», *Innovations*, n°17, 2003, p.9-27. Pour ce qui concerne le thème de l'évaluation, on peut utilement se référer au numéro spécial de la revue *Cités* intitulé: *L'idéologie de l'évaluation. La grand imposture*, *Cités*, 1/2009, n°37, p.3-158.

<sup>149</sup> A. KOYRE, *Etude d'histoire de la pensée philosophique*, Paris, Armand Colin, 1961; J. L. LAGRANGE, *Mécanique analytique*, Paris, 1788.

<sup>150</sup> Sur cette épistémologie, appliquée au droit: H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, LGDJ/Bruylant, trad. C. Eisenmann, 1999. Plus généralement: A.-J. AYER, *Langage, vérité et logique*, Flammarion, 1956, p.143-169.

<sup>151</sup> G. H. VON WRIGHT, «The foundation of Norms and normative Statements», *Philosophical Papers*, Oxford, Blackwell, 1983, p.67-82; O. WEINBERGER, *Alternative Action Theory*, Kluwer Academic Publishers, 1998, p.50-51.

<sup>152</sup> L'exemple est de WEINBERGER, *op.cit.*, p.50.

Transposer de telles analogies dans le champ éthique est beaucoup plus délicat<sup>153</sup>. L'énoncé selon lequel pour être au service du «bien-être» du consommateur, une politique de concurrence doit être fondée sur l'efficacité (allocative et productive) diffère radicalement du précédent: on ne peut établir un lien de causalité entre l'efficacité et le bien-être du consommateur, mais on peut en revanche établir une telle relation par un lien de validité à partir de propositions analytiques<sup>154</sup>. Bien qu'exprimés selon une même structure grammaticale, les deux énoncés diffèrent radicalement du point de vue de la vérité qu'ils expriment. Simiand distingue fort justement l'énoncé de la forme: «*comment tel fait s'explique-t-il? Quelle est la cause (...)*» de l'énoncé évaluatif suivant: quel choix politique optimal permet d'arriver à tel objectif<sup>155</sup>?

L'approche évaluatrice de l'analyse économique du droit reste confrontée à ces différentes objections d'ordre épistémologique. Ériger en critère d'évaluation l'efficacité d'une loi, d'un contrat, d'une politique de la concurrence ne peut faire l'économie d'un débat sur l'adhésion préalable à de tels critères d'un point de vue éthique<sup>156</sup>. La formulation d'indicateurs économiques reste, en ce sens, tributaire de jugements de valeur dissimulés derrière leur apparent rigorisme<sup>157</sup>. Source de questions éthiques, le droit de la concurrence n'échappe pas aux propositions du même ordre<sup>158</sup>. Par conséquent, il convient d'avoir à

---

<sup>153</sup> Voir par ex, M. LAGUEUX, «Le néo-libéralisme comme programme de recherche et comme idéologie», *Cah.d'éco.polt.*, n°16-17, 1989, p.129-152; L. FROBERT, «*Si vous êtes si malins...*» Mac Closkey et la rhétorique des sciences économiques, ENS ed. 2004, *op.cit.*

<sup>154</sup> V. développements infra.

<sup>155</sup> F. SIMIAND, *Critique sociologique de l'économie*, PUF, 2006, p.132.

<sup>156</sup> A. WOLFELSPERGER, «L'économie normative comme éthique minimaliste», in A LEROUX, A. MARCIANO, *Traité de philosophie économique*, De Boeck Univ, 1999, p.171-196; R. WOLFF, «The efficiency illusion», in E. FULLBROOK (ed), *A guide to what's wrong with economics*, Anthem Press, 2005, p.169-175.

<sup>157</sup> Pour des arguments du même ordre: J. COLEMAN, «Efficiency, Utility and Wealth Maximisation», *Hofstra Law Rev.* 1979-1980, p. 509-551; M. HORWITZ, «Law and economics: Science or Politics?», *Hofstra Law Rev.* 1979-1980, p. 905-912; G. TULLOCK, «Two Kinds of Legal efficiency», *Hofstra Law. Rev. op.cit.*; F M. ROWE, «The decline of antitrust and the disillusion of models: The Faustian pact of law and economics», *Georgetown Law Journal*, vol.72, 1984, p.1511-1569; H. HOVENKAMP, «Chicago and its alternatives», *Duke Law Journal*, 1986, p.1014-1030; A. RUBINSTEIN, «Dilemmas of an economic theorist», *Econometria*, 2006, vol.74, p.865-883.

<sup>158</sup> B. WILLIAM, K. ELZINGA, *Fines: The efficient solution in Antitrust Penalties, A study in Law and Economics*, New Haven Yale Univ. Press, 1976, p.112-138; K. ELZINGA, «The goal of antitrust other than competition and efficiency, what else counts?», *Penn. Law review*, 1977, p.1191-1213; F. JENNY, «Droit européen de la concurrence et efficacité économique», *REI*, 1993, n°1, p.193-206; F. SOUTY, «Science économique et politique de la concurrence: consensus et divergences entre économistes américains», *RCC*, 1993, p.30-35; A. PERROT, «La politique de concurrence contribue-t-elle à la croissance économique? Une analyse à partir des cas américains et européens», *Economie publique*, n°12, 2003, p.25-37; B. CHOPARD, «La diversité des codes de la faillite: le point de vue de l'économie du droit», *Problèmes économique*, 30 mars.2005, p.16-23; B. DEFFAINS, «Common Law ou «Droit des codes» quel système est le plus efficace?», *Problèmes économiques*, 30 mars. 2005, p. 2-8; L. FELD, S. VOIGT, «Croissance économique et indépendance judiciaire: quel liens?», *Problèmes économiques*, 30 mars. 2005, p. 8-15; G. CANIVET, M-A FRISON-ROCHE, *et.al*, *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, 2005; D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Les politiques de la concurrence, Rapport CAE*, Paris, La Documentation Française, 2006; A. PERROT, «Abus de position dominante: prédation, vente liée, remises», in D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Politiques de la concurrence*,

l'esprit cet aspect non négligeable que véhicule l'usage de l'*analyse économique*. Une analyse minutieuse commande dans chaque cas de s'interroger sur le statut des énoncés formulés dans le champ du droit, domaine faisant appel aux jugements de valeur par excellence.

**Conclusion du chapitre 1.** Que convient-il finalement d'entendre par *analyse économique* du point de vue des économistes? On formulera à cet égard quatre propositions: 1) l'objet pluriel de l'*analyse économique* n'est pas distinct des différentes postures qui la composent: sa construction est en ce sens tributaire de son utilité épistémologique<sup>159</sup>. 2) Il existe par conséquent une difficulté à saisir les contours d'un objet aussi pluriel. 3) Dans sa version dominante, l'*analyse économique* opte pour une syntaxe formelle fort rigoureuse, mais peu pertinente d'un point de vue empirique<sup>160</sup>. 4) Bien que constitué de propositions analytiques, ce discours n'est pas exempt de présupposés axiologiques<sup>161</sup>. Au-delà de toute prise de position méthodologique, il n'est pas possible de donner plus de contenu au terme *analyse économique* d'un point de vue scientifique<sup>162</sup>. Cette affirmation n'interdit pas de remarquer cependant que l'apparente rigueur syntaxique qui la caractérise entretient la croyance dans sa scientificité<sup>163</sup>. Et c'est sur les croyances qu'elle véhicule dans l'imaginaire commun, que la référence à l'*analyse économique* s'impose dans le champ du droit de la concurrence comme un discours de vérité.

---

*Rapport CAE*, La documentation Française, Paris, 2006, p.257-269; D. SPECTOR, «Analyse économique et sécurité juridique: entre règles per se et règles de raison», in *Rapport CAE, op.cit.*, p.271-285; W. M. DESCHAMPS, F. MARTY, «Les politiques de concurrence sont-elles réductibles à la théorie économique appliquée? Réflexions autour de l'affaire Microsoft», in *Cahiers de Méthodologie juridique*, n°22, 2008, p.2571-2593.

<sup>159</sup> Selon certains auteurs, les économistes auraient tendance à considérer les autres sciences sociales comme «sous-développées», in P. VAN PARIJS, *Le modèle économique et ses rivaux*, Librairie DROZ, Genève, 1990, p.29.

<sup>160</sup> La critique s'adresse surtout à la méthodologie néoclassique dominante.

<sup>161</sup> M. LAGUEUX, «Le néo-libéralisme comme programme de recherche et comme idéologie», *Cah.d'éco.polit.*, n°16-17, 1989, p.129-152; L. ERHARD, «Le rôle de l'économie dans la politique d'aujourd'hui», in Essais rédigés en l'honneur de J. Rueff, *Les fondements philosophiques des systèmes économiques*, Payot, Paris, 1967, p. 276-281.

<sup>162</sup> J. CALVET, *Analyse économique, les concepts de base*, PUG, 1996, p.11-27.

<sup>163</sup> F. LEBARON, *La croyance économique, les économistes entre science et politique*, coll. Liber, Seuil, 2000.

## Chapitre 2: L'analyse économique comme ensemble de prescriptions sur le droit de la concurrence

Que dissimule l'emploi de la locution *analyse économique* en droit de la concurrence? C'est à cette réflexion que s'attachent les développements de ce second chapitre. En effet, plus qu'on ne le croit, le discours économique entretient avec les interprètes juridiques un intérêt commun: celui de la recherche de cohésion. Le modèle d'équilibre ou le concept d'efficience sont là pour rappeler qu'une certaine littérature s'attèle à ordonner le fonctionnement du système économique et politique. C'est vers ce genre littéraire que se tournent les interprètes et les parties dans le but de justifier telle ou telle interprétation en droit de la concurrence. Cet intérêt commun entre les économistes d'une part, et les acteurs qui participent à l'interprétation des normes d'autre part, permet de mieux comprendre que la dogmatique renvoie de l'*analyse économique* une image singulière: celle de la vérité d'un côté et celle de la factualité de l'autre. Mais, en contrepartie, l'introduction de ces images appauvrit considérablement toute réflexion éthique en droit de la concurrence. On pourrait reformuler le problème de façon plus triviale: telle interprétation est «vraie» parce que l'autorité de l'*analyse économique* l'impose. Et cette autorité s'impose parce qu'elle émane d'un discours omniscient qui se pare du statut de «science».

L'adhésion à cette croyance est une étape nécessaire à la formulation de prescriptions qui visent à donner une cohésion globale au droit de la concurrence comme droit fondé sur l'*analyse économique*. Elle est véhiculée et entretenue par l'économie du droit dans sa version dominante et prend naissance dans une version du réalisme américain qui encastre le droit dans un processus d'ingénierie sociale plus globale (Section 1). Derrière la croyance scientifique et factuelle en l'économie, il y a des questions éthiques rémanentes: celles que posait déjà Adam Smith sur le contrôle des monopoles privés et de leur influence sur le pouvoir. Là-dessus, le monopole a toujours divisé les économistes, mais, plus encore, fait partie intégrante d'une réflexion philosophique plus vaste et fort complexe, sur lien entre l'État, le droit, le marché et la démocratie (Section2).

## ***Section 1: La vulgarisation d'une croyance économique***

L'élaboration d'une croyance économique en droit de la concurrence résulte principalement d'une certaine manière d'aborder le droit. Cette manière est celle que développe, depuis quelques années déjà, l'économie du droit dans sa version dominante. Ce courant qui puise à la tradition réaliste, inscrit sa démarche dans celle du positivisme. Comme on entend le réfuter pourtant, il ne s'agit pas d'un positivisme de type épistémologique, c'est-à-dire d'un positivisme qui se refuse à tout jugement de valeur sur le droit. Au contraire, si, dans la tradition réaliste, l'analyse économique du droit réfute une certaine manière de penser le droit au nom du formalisme, elle réintroduit, de façon paradoxale, une forme de scientisme vis-à-vis d'autres sciences sociales, notamment l'économie. Dès lors, il y a lieu de dissocier le réalisme, version analyse économique du droit, du réalisme dans sa version empiriste. En effet, pendant que le second élabore un modèle d'interprétation-volonté, le premier réintroduit, à l'instar de la doctrine classique, un modèle d'interprétation connaissance (§1). Ce modèle naturalise du même coup *l'analyse économique* en tant que discours d'autorité et en tant que propos factuel (§2).

### **Paragraphe 1: Le scientisme de l'analyse économique du droit**

Le scientisme de l'analyse économique du droit à l'égard du discours économique prend racine dans la tradition réaliste américaine. Il se sépare en conséquence du positivisme dans sa version réaliste empiriste tant d'un point de vue épistémologique (A), que dans la manière de penser l'interprétation des normes (B).

#### A- Le réalisme de l'économie du droit n'est pas un positivisme

Il faut distinguer préalablement au sein de l'économie du droit, deux grandes tendances. L'une, dans la tradition jusnaturaliste, prend clairement position sur qui doit-être. Caractéristique d'auteurs comme Hayek, cette posture se fonde sur un primat ontologique de la liberté individuelle et du marché qui aboutit à inféoder le droit à une certaine idéologie néolibérale<sup>1</sup>. La légitimité des normes s'évalue en ce sens, au regard d'autres valeurs telles

---

<sup>1</sup> S. LONGUET, *Hayek et l'école autrichienne*, Paris, Nathan, 1998; B. CALDWELL, «La méthodologie de Hayek: description, évaluations et interrogations», in G. DOSTALER, D. ETHIER (dir.), *Hayek, philosophie*,

que la liberté, le droit de propriété ou encore une certaine idée contractualiste<sup>2</sup>. L'autre posture, qui fera l'objet de plus amples développements, est celle de l'analyse économique du droit dans sa version de Chicago laquelle se réclame du réalisme et du positivisme<sup>3</sup>. Elle mérite d'être discutée plus amplement.

Quand bien même il admettrait une diversité de postures, le positivisme s'accorde sur la dissociation des faits et des valeurs<sup>4</sup>. Il rejette en effet toute assimilation entre le discours

---

*économie et politique*, ACFAS, 1988, p.71-83; J. BUCHANAN, G. TULLOCK, *The Calculus of consent. Logical Foundation of Constitutional democracy*, Ann Arbor, Univ Michigan Press, 1962; R. MCKENZIE, G. TULLOCK, *The World of Economics*, Irwin, inc, 1975; F. AFTALION, J. J. ROSA, *L'économie retrouvée*, Paris, Economica, 1977; E. MACKAAY, «L'ordre spontané comme fondement du droit. Essai de survol de modèle de l'émergence des règles dans la société civile», *RIDE*, n°1, 1989, p.24-287; H. LEPAGE, «Le retour du droit naturel chez les libertariens», *Rev. d'histoire des facultés de droit*, 1989, n°8, p.167-185; J. BUCHANAN, *Les limites de la liberté, entre l'anarchie et le Léviathan*, Litec, 1992; P. SIMON, *Le droit naturel et ses ennemis*, ed. F-X. GUILBERT, 2006; F. HAYEK, *Droit, Législation et Liberté: une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, PUF, 2007.

<sup>2</sup> B. LEMENNICIER critique par exemple le normativisme de Kelsen en ces termes: «*Peut-on faire du droit une discipline objective, c'est-à-dire en se refusant à des jugements de valeur? Peut-on faire du droit une discipline objective «a value free science» à l'image des sciences de la nature? C'est ce qu'à prétendu Kelsen avec sa théorie pure du droit. Après tout, la tentative de Rothbard de fonder le droit sur une éthique rationnelle s'inscrit dans cette optique et s'oppose radicalement à celle de Kelsen. Existe-t-il un droit naturel supérieur auquel le droit fabriqué par les hommes devrait se plier? (...) Faut-il refuser de porter tout jugement de valeur sur ce qui est observé sous le prétexte d'objectivité scientifique? Est-ce, comme le souligne Kelsen, parce qu'une norme première et fondatrice, la constitution originelle, permet selon certaines procédures législatives de dériver l'ensemble des règles juridiques? Mais quid de cette constitution originelle, en quoi les générations suivantes sont-elles tenues de la respecter puisqu'elles n'y ont pas consentie? Les questions normatives sont essentielles en droit contrairement à d'autres disciplines. Une théorie du droit qui cesse de réfléchir sur les normes elles-mêmes n'est plus du droit mais de la sociologie juridique ou de l'économie juridique. Une théorie en Droit doit non seulement rendre compte des normes que le droit produit mais aussi légitimer par un principe normatif l'usage de la contrainte publique pour faire respecter la loi. En ce sens, les économistes sont plus juristes que les juristes eux-mêmes qui n'ont cessé, sous prétexte d'objectivité, de réfléchir aux normes elles-mêmes à la suite de l'influence de Kelsen. En effet, pour certains économistes, le but de la loi est de promouvoir une norme fondamentale: l'efficacité économique*», in B. LEMENNICIER, *Economie du droit*, ed. Cujas, 1991, p.23-24. A l'évidence, le propos méconnaît le concept de norme fondamentale. Rappelons que pour Kelsen, la norme fondamentale n'est que stipulée; elle n'est pas posée de façon naturelle. De plus, Kelsen justifie l'utilité d'une telle démarche au regard de l'épistémologie qui distingue l'être du devoir-être. Partant, la critique adressée par B. Lemennicier ne porte pas dans la mesure où elle ne se place pas sur le même niveau de discours que Kelsen. Pour une critique du même ordre que celle évoquée par M. Lemennicier: E. KRECKE, «De l'autonomie du droit à l'impérialisme économique: une réflexion sur le statut normatif des sciences juridiques modernes», in A. BERTHOUD, B. DELMAS, *et.al*, *Y a-t-il des lois en économie*, Septentrion, 2007, p.499-521.

<sup>3</sup> Il existe en effet d'autres courants alternatifs. Notre propos vise toutefois le courant dominant de l'analyse économique du droit initié par R. POSNER qui lit le droit au moyen d'une approche «positiviste» ancrée dans le paradigme méthodologique de M. Friedman. A côté de ce courant dominant, existent les néo-institutionnalistes dont R. COASE et O. WILLIAMSON sont les chefs de file et qui développent une lecture du droit fondé sur une théorie des coûts de transactions. Il y a enfin le courant de la théorie des jeux, celui de l'économie comportementale et de l'institutionnalisme classique. Sur l'exposé de ces différents courants: T. KIRAT, «Economie et droit, de l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances?» *Rev.éco*, 1998, n°4, p.1057-1087; T. KIRAT, *Economie du droit*, La découverte, 1999; L. VIDAL, T. KIRAT, «Le droit et l'économie: étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées», in *Annales de la régulation*, Bibliothèque de l'institut A. Tunc, T. 9, vol.1, LGDJ, 2006, p. 47-78; B. CHAVANCE, *L'économie institutionnelle*, La découverte, 2006.

<sup>4</sup> M. TROPER, «Le positivisme juridique», in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, 1994, p.27-44; C. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT, *et.al*, *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1992.

objet des valeurs et le discours sur les valeurs<sup>5</sup>. Transposé à l'économie du droit dans sa version dominante, ce postulat épistémologique vient en réfuter l'appartenance au positivisme. Certes, l'économie du droit prend source dans la tradition réaliste américaine<sup>6</sup>. Sans doute, cette appartenance entretient-elle la confusion avec le positivisme réaliste de type empiriste. Mais le mot réalisme doit ici s'entendre de façon large comme un mouvement qui rejette toute idée de formalisme, c'est-à-dire toute idée selon laquelle le droit se résumerait aux textes de loi: le droit n'est pas dans les textes, mais dans ce que font les interprètes de ces textes<sup>7</sup>. Il est très difficile dans le cadre de ces propos, de rendre compte du réalisme américain dans sa diversité et tel n'est pas d'ailleurs notre ambition<sup>8</sup>.

On veut simplement souligner que, dans la tradition de Holmes ou Pound, l'analyse économique du droit réactive la critique adressée au formalisme dans le but de proposer une méthodologie nouvelle de lecture des normes<sup>9</sup>. Pour autant, elle se distingue du réalisme empiriste. À l'évidence, et sous la férule d'auteurs comme Bork, Posner ou Easterbrook, l'analyse économique du droit critique, avec le réalisme<sup>10</sup>, l'objectivité des normes: l'interprète n'est pas un acteur neutre, il décide en fonction de ses préférences et choix politiques. Toutefois, forte de la croyance selon laquelle l'homme du futur doit être *«l'homme des statistiques et le maître de l'économie»*<sup>11</sup>, l'économie du droit se tourne vers le paradigme néolibéral développé par Chicago dans le but d'apposer une nouvelle grille de lecture sur les normes.

Au-delà de la simple description, l'économie du droit prend position d'un point de vue idéologique. L'influence pragmatisme est là encore manifeste: dans leur croisade contre le formalisme, les réalistes américains se saisissent d'autres sciences sociales en ce qu'elles sont susceptibles de mieux rendre compte du contexte dans lequel s'inscrivent les normes. Partant, l'économie du droit met l'accent sur la manière dont le droit s'inscrit dans un certain contexte «économique». Dans le sillage de la tradition réaliste enfin, elle s'attache à deux types de

---

<sup>5</sup> Une proposition prescriptive ou impérative *«(...) signifie un énoncé, dont l'objet est d'exprimer une exigence immédiate d'action, mais non de décrire un fait»*, A. ROSS, «Les impératifs et la logique», in *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. E. Millard, E. Matzner, LGDJ, 2004, p.39-59.

M. TROPER, *La philosophie du droit*, «Que sais-je?», PUF, 2003, p.26-32.

<sup>6</sup> Pour une analyse de ce courant: B. LEITER, «Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered», *Ethics*, vol.11, n°2, 2001, p.278-301.

<sup>7</sup> O. JOUANJAN (dir.), Dossier, *Théories réalistes du droit*, *Annales de la faculté de droit de Strasbourg*, n°4, 2000.

<sup>8</sup> F. MICHAUT, *L'école de la «sociological jurisprudence» et le mouvement réaliste américain. Le rôle du juge et de la théorie du droit*, Thèse Paris X, 1985; F. MICHAUT, «L'approche scientifique du droit chez les réalistes américains», in P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, 1994, p.265-280.

<sup>9</sup> P. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p.274-300.

<sup>10</sup> On entend toujours réalisme dans sa version américaine.

<sup>11</sup> O. W. HOLMES, «The Path of Law», *Harv. L. Rev.*, vol.14, p.1897, p.457-478.



questions: «*que fait le juge dans tel cas? Que doit-il faire*»<sup>12</sup>. Sous ce rapport, elle se démarque de la science du droit, entendue comme posture épistémologique qui refuse d'amalgamer faits et valeurs<sup>13</sup>. La question, *que doit faire le juge*, ramène, en effet, aux interrogations de l'interprète comme acteur du changement social. De là, l'analyse économique du droit s'affaire autour de trois principaux thèmes: d'abord quant aux effets économiques de la norme; ensuite quant à l'analyse du comportement des interprètes (juges, autorités administratives, législateur); enfin quant aux «*fondements du droit*»<sup>14</sup>. Ces trois postures correspondent à des approches qualifiées respectivement de «positives», normatives et prédictives.

L'approche prédictive implique d'évaluer l'effet économique des normes au regard de divers critères prédéfinis: croissance, développement du marché, compétitivité, innovation, emploi, efficacité, efficience. Ainsi, la posture dite prédictive présuppose-t-elle une finalité aux normes. Elle s'inscrit dans le sillage d'une sociologie du même ordre qui distancie le droit du «*non-droit*», dans le but de mettre le premier en accord avec le second<sup>15</sup>. En raison de son caractère normatif, la pertinence épistémologique de cette approche a déjà fait l'objet de critiques sur lesquelles il est inutile de revenir dans le cadre de ces propos<sup>16</sup>. Le thème des «fondements» de la règle obéit à une démarche similaire: il prescrit des cadres normatifs d'interprétations à l'intention du législateur et des interprètes<sup>17</sup>. Reste à examiner la posture qui se réclame du positivisme.

Deux significations sont possibles. La première assimile la norme à un cadre d'action plus général de rationalité<sup>18</sup>. Ce que l'économie du droit appelle «norme» ou «règle» dans ce premier sens, constitue un moyen qui permet de parvenir à une fin: les individus agissent en

---

<sup>12</sup> A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, p.508-510; B. LEITER, «Rethinking legal realism: toward a naturalized jurisprudence», *Texas L. Rev*, 1997, p.267-315.

<sup>13</sup> J. CHEVALLIER, «Doctrines et science juridique», *Droit et Société*, 2002 n° 50, p. 103-120; R. GUASTINI, «Le «point de vue» de la science juridique», in *RIEJ*, n° spécial *Hommage à H. L. A. Hart*, 2007, n°59, p.49-58.

<sup>14</sup> Sur ces trois postures: J.-Y. CHEROT, «Trois thèses de l'analyse économique du droit», *RRJ*, 1987/2, p.443-453; E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, *L'analyse économique du droit*, 2<sup>nd</sup> ed. Dalloz-Sirey, 2008.

<sup>15</sup> V. en ce sens, la sociologie de J. CARBONNIER, in E. SERVERIN, *Sociologie juridique*, La découverte, 2000, p.60-69; C. JAMIN, «Les pièges de l'évaluation économique de la réglementation», in G. CANIVET, M.-A. FRISON-ROCHE, *Mesurer l'efficacité économique du droit*, *op.cit.*, p.103-108.

<sup>16</sup> P. LASCOUMES, E. SERVERIN, «Théories et pratiques de l'effectivité du droit», *Droit et Société*, n°2, 1986, p.127-150; P. LASCOUMES, E. SERVERIN, «Le droit comme activité sociale: pour une approche wébérienne des activités juridiques», *Droit et Société*, n°8, 1988, p.71-87.

<sup>17</sup> Pour une critique du même ordre: E. MILLARD, «L'analyse économique du droit: un regard empiriste critique», *Cahiers de méthodologie juridique*, n°22, 2008, p.2523-2528.

<sup>18</sup> L'économie du droit postule, dans sa version dominante: 1) un comportement maximisateur des agents comme explication du choix de leurs règles; 2) l'interaction de ces agents sur un marché au travers pour certains, de «droits de propriétés»; 3) d'assimiler le choix des règles de droit sur le modèle d'un prix; 4) de considérer le droit comme un moyen pour parvenir à une fin. Pour une critique adressée aux points de vue prétendant comprendre le droit par le moyen d'autres sciences sociales: B. DUPRET, «Droit et sciences sociales. Pour une respecification praxéologique», *Droit et Société*, n°75/2010, p.315-335.

fonction de leurs intérêts égoïstes et sélectionnent, à ce titre, les règles qu'ils jugent les plus efficaces. Le cadre d'action stipulé peut être multiple: il peut autant s'inscrire dans une théorie des jeux que dans une forme de rationalité instrumentale, cognitive, ou limitée. Tout dépend ici des prémisses ontologiques auxquelles on recourt<sup>19</sup>. Autrement dit, le positivisme, comme stipulé dans cette première hypothèse, rend compte non pas des normes en tant que discours, mais de leur usage dans l'action des agents économiques. À cette première signification s'en ajoute une seconde plus ambiguë. D'aucuns, comme Backhaus, assignent à l'approche positive de l'économie du droit de «reconstruire le but du raisonnement juridique afin de pouvoir en éclairer toutes les possibilités qui ne pourraient se réduire au simple raisonnement juridique»<sup>20</sup>.

D'autres, comme Posner, l'un des principaux chefs de file du courant *Law and Economics*, entendent par «positivisme» l'application aux normes des outils de *l'analyse économique* dans les versions développées par Becker et Friedman<sup>21</sup>. Cette prémisse implique, d'une part, de considérer les modèles économiques comme suffisamment scientifiques dans leur formulation; et, d'autre part, d'assimiler lesdits modèles à une forme d'empirie. En partant de l'hypothèse que les individus agissent, sur le modèle de la rationalité, selon des considérations égoïstes, Posner propose de substituer *l'analyse économique* au formalisme juridique. Le juge se transforme, dans ces conditions, en expert, simple bouche d'une «*théorie économique mise sous la forme de règles juridiques*»<sup>22</sup>. Il devient dès lors acteur d'une ingénierie sociale plus vaste. Ces quelques remarques, qui ne sont bien entendu pas exhaustives, permettent tout au moins de porter l'attention sur le fait que le «positivisme» dont se réclame l'économie du droit dans sa version de Chicago n'est pas un positivisme de

---

<sup>19</sup> Sur cette question: L. KORNHAUSER, «L'analyse économique du droit», *Rev. Synthèse*, 1985, n°118-119, p.313-329; R. POSNER, «What do justices maximize? (The same thing everybody else does)», *Supreme Court Economic Review*, 1993, vol.3, p.1-41; L. KAPLOW, S. SHAVELL, *Fairness versus Welfare*, Harv Univ Press, 2002; S. HARNAY, A. MARCIANO, R. A Posner, *L'analyse économique du droit*, ed. Michalon, 2003; B. DEFFAINS, «L'analyse économique du droit, le point de vue d'un économiste», *LPA*, n°99, 2005, p.6-13; B. DEFFAINS, S. FERREY, «Théorie du droit et analyse économique», *Droits*, n°45, 2007, p.223-254. L'approche dominante de l'économie du droit propose de lire les comportements des acteurs juridiques, à partir des prémisses de rationalité substantielle d'une part, et, d'autre part, du marché libre. Par ex, en supposant que le juge maximise son «utilité» et que le système juridique est représenté par la métaphore d'un marché dans lequel les parties sont considérées comme des consommateurs et le juge comme un offreur, in M. DESCHAMPS, F. MARTY, «L'analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit?», *Cahiers de méthodologie juridique*, n°22, 2008, p.2541-2569.

<sup>20</sup> J. BACKHAUS, *op.cit.* Sur l'approche «positiviste» développée par l'économie du droit: R. LANNEAU, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and Economics*, Thèse Paris X, 2009, p.622.

<sup>21</sup> V. les critiques quant à cette méthodologie, supra, Chapitre 1.

<sup>22</sup> L. VOGEL, «Le juriste face à l'analyse économique», *RCC*, n°134, 2003, p.7.

type épistémologique<sup>23</sup>: il ne fait pas la part entre les propositions et les prescriptions. Bien plus, il chasse un formalisme pour en réintroduire un autre<sup>24</sup>.

## B- La réintroduction du modèle d'interprétation connaissance

Le réalisme, dans sa version empiriste, dénonce la représentation neutre d'un juge qui ne serait que la «bouche de la loi». Si les normes ne sont ni vraies ni fausses<sup>25</sup>, le discours sur les normes peut, en revanche, l'être selon un protocole de vérification déterminé<sup>26</sup>. Comme le souligne Ross: «(...) l'application du droit est considérée comme un syllogisme pratique du type de la subsomption, dans lequel le droit fournit la norme générale (l'impératif), la requête réelle et la prémisse indicative mineure, alors que le jugement, comme conclusion, est la norme particulière. (...) Pour que la conclusion soit possible, cet énoncé doit être vrai, et par conséquent il doit être susceptible d'être vérifié»<sup>27</sup>. En d'autres termes, l'interprète décide et, par là même, crée la norme. Parce qu'il pose un acte de volonté et non de connaissance, il prend position au sein de jugements de valeur<sup>28</sup>.

Le «positivisme» de l'économie du droit affirme lui aussi que l'interprétation n'est pas un processus de connaissance<sup>29</sup>: il dépend de la volonté du juge. Posner estime, en ce sens, que la doctrine reste encore attachée à l'idée qu'il existerait un sens clair et prédéfini des textes, car

---

<sup>23</sup> On peut se reporter pour une discussion à cet égard à R. LANNEAU, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and Economics*, Thèse Paris X, 2009; S. FEREY, *Une Histoire de l'analyse économique du droit: calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruylant, 2008.

<sup>24</sup> Pour une critique du réalisme dans sa version américaine: H. L. A HART «American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream», *Geor. L. Rev.*, vol.11, n°5, 1977, p.969-989.

<sup>25</sup> Si l'on souscrit aux thèses avancées par Searle, les énoncés juridiques se classeraient dans la catégorie des actes de langage ou, si l'on préfère, d'actes illocutionnaires selon la terminologie d'Austin qui accomplissent l'action décrite dans leur énoncé, in J. R. Searle, *Les actes de langage, essai de philosophie du langage*, Paris, Hermann, 1972.

<sup>26</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Bruylant/ LGDJ, 1999.

<sup>27</sup> A. ROSS, «Les impératifs et la logique», in *Introduction à l'empirisme juridique*, op.cit., p.58. Pour une illustration classique de la position que défend Ross: D. BOURCIER, «Argumentation et définition en droit», *Langages*, 1976, vol.10, n°42, p.115-124; A. AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable*, LGDJ, Story-scientia, 1992, p.9; M. TROPER, «La théorie de l'interprétation», in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, 1994, p.85-94; P. BRUNET, «Irrationalisme et anti-formalisme: sur quelques critiques du syllogisme normatif», *Droits*, n°39, 2004, p.197-217.

<sup>28</sup> Sur cette approche: A. ROSS, *On Law and Justice*, Londres, Stevens, 1958; M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, 1994, p.85-94. Pour une étude approfondie de ce courant: A. PINTORE, «Sur la philosophie italienne à tendance analytique», *Droit et Société*, n°23/24, 1993, p.199-212.

<sup>29</sup> R. POSNER, «The decline of Law as an Autonomous discipline: 1962-1987», *Harv. L. Rev.* vol. 100, n°4, 1987, p.761-780; R. POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, Harv Univ Press, 1990; R. POSNER, «What do justices maximize? (The same thing everybody else does)», *Supreme Court Economic Review*, 1993, vol.3, p.1-41; R. POSNER, *The problematics of Moral and Legal theory*, Harv Univ Press, 2001; L. KAPLOW, S. SHAVELL, *Fairness versus Welfare*, Harv Univ Press, 2002. On distinguera le terme d'interprétation connaissance qui renvoie à la représentation traditionnelle de l'interprétation selon laquelle, le juge est un acteur neutre de ce processus, de l'interprétation comme signification objective d'un acte de volonté qui pose que le juge, loin d'être passif dans le processus d'interprétation, ne découvre pas la règle mais la crée.

une telle représentation renvoie une image erronée de ce que font réellement les interprètes<sup>30</sup>. Mais, en s'attaquant au mythe de «l'autonomie du droit», Posner soutient que l'économie fournirait des techniques capables non seulement de mieux comprendre, mais aussi de mieux interpréter les normes. Ce faisant, il présuppose pour parvenir à une telle conclusion un modèle d'interprétation connaissance<sup>31</sup>: les modèles prescrivent des canevas d'interprétation. De là, les interrogations sur l'efficacité de la *Common Law*, ou sur le lien entre jurisprudence et modèle de marché<sup>32</sup>. Nombre d'écrits, qui se réclamant de l'économie du droit, prescrivent en ce sens, différents cadres d'interprétation des normes.

D'aucuns ajoutent même que l'économie du droit viendrait pallier la crise que traverse la dogmatique juridique en matière d'interprétation<sup>33</sup>. L'ambiguïté d'une démarche «positiviste» qui ne distingue pas les niveaux de discours qu'elle formule n'en est que plus manifeste. L'économie du droit en arrive paradoxalement à évacuer le pouvoir discrétionnaire dont dispose l'interprète à l'égard du vocabulaire économique, de la même façon qu'elle évacue les réserves épistémologiques qui s'attachent à la pertinence empirique des modèles. La démarche consistant à épurer le droit de sa gangue formaliste aboutit à l'inféoder à l'*analyse économique*. Précisément, à une façon de faire l'*analyse économique* développée par Chicago et qui n'est pas dépourvue de préjugés idéologiques<sup>34</sup>. Cette approche, qui naturalise l'*analyse*

<sup>30</sup> Posner s'inspire ici très nettement de la tradition initiée par Holmes: O. HOLMES, «The path of law», *Harv. L. Rev.*, 1897, vol.10, p.457-478; E. LAZEAR, «Economic Imperialism», *Quar. Jour of Econ.*, 2000, vol.115, p.99-146; J. HIRSHLEIFER, *The expanding domain of economics, in the Dark side of the force*, Cambridge Univ Press; R. POSNER, *Frontiers of Legal Theory*, Harv Univ Press, 2001; R. POSNER, *Economics analysis of Law*, Aspen Publishers, New-York, 6<sup>th</sup> ed. 2003.

<sup>31</sup> R. POSNER, «The decline of Law as an Autonomous discipline: 1962-1987», *op.cit.* Pour une critique de cette démarche, v. H. LIBHAFSKY, «Price Theory as Jurisprudence, Chicago Style», in W. SAMUELS, *The Chicago School of Political Economy*, Transaction Publishers, 1993, p.237-257; E. KRECKE, «De l'autonomie du droit à l'impérialisme économique: une réflexion sur le statut normatif des sciences juridiques modernes», in A. BERTHOUD, B. DELMAS, *et.al*, *Y a-t-il des lois en économie*, Septentrion, 2007, p.499-521.

<sup>32</sup> S. FERREY, *Une histoire de l'analyse économique du droit: calcul rationnel et interprétation du droit*, *op.cit.*, p.189-195; G. PRIEST, «The Common Law Process and the selection of Efficient Rules», *Jour. of Legal Studies*, 1977, vol. 6, p.65-82; P. RUBIN, «Why is Common Law Efficient», *Jour. of Legal Studies*, 1977, vol.6, p.51-63; J. D. HANSON, M. HART, «Law and Economics», in D. PATTERSON, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishers, 1999, p.311-331.

<sup>33</sup> B. DEFFAINS, S. FERREY, «Théorie du droit et analyse économique», *Droits*, 2007, p.223-254; B. BOUCKAERT, «L'analyse économique du droit: vers un renouveau de la science juridique?», *RIEJ*, 1987, vol.18, p.47-61.

<sup>34</sup> Nombreux sont les auteurs à relever cette connotation idéologique qui repose sur un certain nombre de présupposés implicites: S. MEDEMA, W. SAMUELS (dir.), *Foundations of Research in Economics: How Do Economists do Economics?* Edward Elgard (ed.) 1998; W. SAMUELS, *The Chicago School of Political Economy*, Transaction Publishers, 1993; E. SERVERIN, *Le droit dans l'action économique*, CNRS ed. 2000; J. COLEMAN, «Efficiency, Utility and Wealth Maximisation», *Hofstra. L. Rev.* 1980, p. 509-551; J. COLEMAN, «The Normative basis of Economic analysis: A critical Review of Richard Posner's *The Economics of Justice*», *Stan. L. Rev.*, vol.34, 1982, p.1105-1131; J. COLEMAN, «Economics and the Law: a critical review of the foundation of economic approach to law», *Ethics*, vol. 94, 1984, p.649-679; R. COOTER, «Law and the imperialism of economics: an introduction to the economic analysis of Law and a review of the major books», *Univ. Cal. L. Rev.*, 1981, p.1260-1269; M. DESCHAMPS, F. MARTY, «L'analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit?», *Cahiers de Méthodologie Juridique*, *op.cit.*, p.2541-2569; R. DWORKIN,

*économique* dans l'interprétation des normes, innerve très fortement la littérature sur le droit de la concurrence<sup>35</sup>.

En substance, l'appartenance de l'économie du droit au positivisme entendu d'un point de vue épistémologique reste problématique. L'approche prédictive revient à formuler des évaluations. L'approche «positive» commande soit d'analyser le comportement des interprètes à l'aune des modèles de rationalité ou d'efficience, soit de prescrire aux interprètes des cadres d'interprétation. Dans les deux cas, l'économie du droit n'est pas compatible au programme de recherche d'une science du droit empiriste. Au mieux rejoint-elle par certains aspects, le programme positiviste dans l'affirmation que les normes émanent de commandements humains; au-delà, il faut se résoudre à une divergence épistémologique significative<sup>36</sup>.

## **Paragraphe 2: L'analyse économique dans les discours sur le droit de la concurrence**

Si l'on quitte le terrain de la méthodologie pour rejoindre celui de la dogmatique<sup>37</sup>, l'usage de l'expression analyse économique prend une connotation rhétorique: l'*analyse économique* est un discours factuel autant qu'elle est un discours de connaissance, entendu ici comme permettant d'aboutir à la bonne interprétation<sup>38</sup>. Sur cette représentation, largement

---

«Why Efficiency?», *Hofstra L. Rev.*, 1980, p. 563-590; M. HORWITZ., «Law and Economics: Science or politics?», *Hofstra L. Rev.*, 1980, p.905-912; H. HOVENKAMP, «Chicago and its alternatives», *Duke. L. Jour.*, 1986, p.1-16; H. HOVENKAMP, «Fact, Value and Theory in antitrust adjudication», *Duke. L. Jour.*, 1987, p.897; H. HOVENKAMP, «Law and Economics in The United States: a brief Historical Survey», *Cambr.Jour.Eco.*, 1995, vol. 19, p.331-352; D. KENNEDY, «The Role of Law in Economic thought: Essay on the Fetishism of commodities», *Am. U. L. Rev.*, vol. 34, 1985, p. 939-1001; D. KENNEDY, «Cost-Reduction theory as Legitimation», *Yale. L. Jour.* Vol. 90, 1981, p. 1275; L. KORNHAUSER, «A Guide to the perplex claims of efficiency in Law», *Hofstra L. Rev.*, 1980, p. 581; N. SIEGEL, «Sen and the Hart of Jurisprudence: a critique of Economic analysis of judicial Behaviour», *Cal. L. Rev.*, vol.87, 1999, p.1581-1608; A. STROWEL, «Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et de Posner», *APD*, 1992, T. 37, p. 143-171.

<sup>35</sup> Dans le contexte du droit français, v., les critiques de A. LYON-CAEN, «L'économie des juges», *Billets d'humeurs en l'honneur de D. Lochak, Frontière du droit, critique des droits*, coll. «Droit et Société», 2007, p. 261-263; B. OPPETIT, «Droit et économie», *APD*, 1992, T.37, p.17-26. Il convient de reconnaître toutefois que Posner, dans un ouvrage récent, amende quelque peu cette représentation naturalisée de la science économique comme science la meilleure pour comprendre le comportement des interprètes: R. POSNER, *How Judges think*, Harvard Univ Press, 2008.

<sup>36</sup> Sur cette divergence entre positivisme et économie du droit: O. PFERSMANN, «Qu'entend-on exactement par l'expression «concurrency des systèmes juridiques», *Cahiers de Méthodologie Juridique*, n°22, p.2595-2602.

<sup>37</sup> J. CHEVALLIER, «Doctrine et science juridique», *op.cit.*

<sup>38</sup> Par exemple, J-B. BLAISE, «Une construction inachevée: le droit français des ententes et des positions dominantes», in *Mel. R. Roblot, Aspects actuels du droit commercial français*, LGDJ, 1984, p.158-180; M. PEDAMON, «Le rôle consultatif général de la Commission de la Concurrence», in *Mél. R. Roblot, Aspects actuels du droit commercial français*, *op.cit.*, p.139-157; M-C. BOUTARD-LABARDE, D. BUREAU, «La

tributaire de l'influence de l'économie du droit dans sa version de Chicago, se construit une croyance économique qui permet de prescrire aux interprètes, concepts ou schèmes d'interprétation divers. Ainsi formulée, l'*analyse économique* est un discours d'autorité qui apporte au droit de la concurrence une cohésion. On voit combien la dogmatique influence considérablement les normes puisqu'elle justifie d'une part la factualité des modèles (A) et, d'autre part, la rigueur intellectuelle du discours économique sur le formalisme juridique (B).

#### A- La croyance en l'économie comme fait

Un premier sens de l'expression *analyse économique* dans le discours dogmatique, présuppose la factualité comme vérité extérieure s'imposant à notre entendement. Le discours sur le marché ou la concurrence, termes abstraits par excellence<sup>39</sup>, sont assimilés, dans cette hypothèse, à une réalité concrète comme si elle était directement observable par tout un chacun<sup>40</sup>. L'argument qui préside à une telle croyance est le suivant: qui mieux que l'économiste, est capable d'instruire le juge ou l'autorité de la concurrence dans des domaines considérés comme «économiques» à part entière? Sans examiner au préalable de quelle manière l'*analyse économique* rend compte du réel, cette idée est prise pour argent comptant<sup>41</sup>.

---

détermination du marché pertinent», *RJDA*, n°11, 1993, p.743-750; M. BAZEX, «L'analyse économique nouvel instrument du contrôle juridictionnel des interventions des autorités publiques», *LPA*, 4 avr.1997, p.10-16; M. BAZEX, B. THIRY, note sous l'arrêt CE 9 avr.1999, «The Coca-cola company», *AJDA* 1999, p.611-617; L. BIDAUD, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Litec, 2001; C. Le BERRE, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Thèse, Paris X, 2006; M-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, *et.al*, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008; V. SELINSKY, «20 ans de droit antitrust en France», *RLC*, 2007, n°10, p.98-103; G. CANIVET, L. IDOT (dir.), *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, Evolutions et perspectives*, Litec, 2008; A-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique*, LGDJ, 2008.

<sup>39</sup> Sur l'abstraction et la complexité de ces deux termes: P. FRANCOIS, *Sociologie des marchés*, Armand Colin, 2008; A. HATCHUEL, O. FAVEREAU, *et.al* (dir.), *L'activité marchande sans marché?* Colloque Cerisy, Presses de Mines, 2010.

<sup>40</sup> On retrouve déjà ce présupposé dans la littérature sur la Commission des ententes et des abus de position dominante, M. PEDAMON, «Le rôle consultatif général de la Commission de la Concurrence», in *Mél. R. Roblot, Aspects actuels du droit commercial français*, LGDJ, 1984, *op.cit*; F. JENNY, «Competition Law Enforcement: is economics expertise necessary?», in *International Antitrust Law and Policy: Fordham Corporate Law*, 1998, B. HAWKS (ed), Juris Publishing New York, 1998, p.185-201; J. W. CLARK, «Mise en œuvre judiciaire du droit de la concurrence», *Rev. OCDE sur le droit et la politique de concurrence*, *op.cit*, p.147-159; J. LOCKHART, «Le rôle de la science économique et des économistes dans les affaires de concurrence», *Rev. OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, vol. 1999, p. 97-98; D. P. WOOD, «Le rôle de la science économique et des économistes dans les affaires de concurrence», *Rev. OCDE*, *op.cit*, p.99-121; R. POSNER, «The Law and Economics of the Economic Expert witness», *Journ.of Economic.Perspectives*, vol.13, n°2, 1999, p.91-99; B. VESTERDOF, «Economics in court: reflections on the role of judges in assessing economic theories and evidence in the modernised competition regime», *Liber Amicorum Sven Norberg*, Bruylant, 2006, p. 511-530.

<sup>41</sup> G. CANIVET, «L'expertise en droit de la concurrence», in M-A FRISON-ROCHE, D. MAZEAUD, *L'expertise*, Dalloz, 1995, p. 51-63; C. BRECHON-MOULENES, «La place du juge administratif dans le

Dans la mesure où l'on admet, sans en discuter la pertinence, que l'économie fournit les éléments de compréhension des phénomènes concurrentiels, *l'analyse économique* devient capable de procurer au juge des renseignements utiles sur ce que ces phénomènes sont, ou doivent être. Bien que circulaire, l'argument n'en est pas moins séduisant au sens où il conforte une intuition commune sur la nature du droit de la concurrence. Branche par excellence du droit économique, cette matière doit le plus possible se rapprocher des réalités du marché quand bien même *l'analyse économique* ne décrirait ce marché que par extrapolation<sup>42</sup>. De là, la croyance selon laquelle le droit de la concurrence serait un droit factuel par essence<sup>43</sup>. La prémisse commande que l'interprète ait recours très fréquemment aux services d'experts<sup>44</sup>. Or, qui dit expert, préjuge nécessairement de la technicité inhérente du droit de la concurrence. Pendant que la science économique obéirait à «*une logique factuelle, inductive, et collective*»<sup>45</sup>, la science juridique serait plus «*normative, déductive et individuelle*»<sup>46</sup>.

En écho de cette représentation, le juge doit se distancier d'une interprétation formaliste tributaire de principes dérivés de la philosophie morale afin d'entrer résolument dans la réalité du marché<sup>47</sup>. La conclusion qui en découle a déjà été exposée par ailleurs: les outils

---

contentieux économique public», *AJDA*, 2000, p. 679-686; L. VOGEL, «Le juriste face à l'analyse économique», *RCC*, n°34, 2003, p.7-12.

<sup>42</sup> Sans être exhaustif: E. MACKAAY, «La règle juridique observée par le prisme de l'économiste (une histoire stylisée de l'analyse économique du droit)», *RIDE*, 1986, p.43-88; E. MACKAAY, «L'ordre spontané comme fondement du droit. Un survol des modèles de l'émergence des règles dans la société civile», *RIDE*, n° 1, 1989, p. 247-287; M-C. BOUTARD-LABARDE, D. BUREAU, «La détermination du marché pertinent», *RJDA*, n°11, 1993, *op.cit.*; J. BACKHAUS, «Between utopia and Aligement: Guidelines for the Economic Analysis of Law», *Economie Publique*, n°7, 2001, *op.cit.*; E. MACKAAY, *L'analyse économique du droit*, T. 1, fondements, Thémis/ Bruylant, 2000; V. SELINSKY, «20 ans de droit antitrust en France», *RLC*, 2007, n°10, p.98-103. Pour une critique de cette croyance: J. SCHROEDER, «Just so stories: Posnerian Methodology», *Cardozo L. Rev.*, 2000/2001, vol.22, p.351-423.

<sup>43</sup> F-Ch. JEANTET, «Le quasi-droit de la concurrence», *JCP G*, 1981, II, 13531; G. CANIVET, «Le juge et l'autorité de marché», *RJCom*, 1992, p.185-204; R.WTTERWULGHE, «Réflexions à propos de la décentralisation du droit de la concurrence communautaire», in C. NOURISSAT, R. WTTERWULGHE (dir.), *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence: un défi pour les juridictions françaises*, Dalloz, 2004, p.3-20; P. CORTESSE, «Le rôle du Conseil de la concurrence», *Lamy droit économique*, 1999, p.17-20; P. CORTESSE, «Le Conseil de la concurrence: clé de voûte de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986», in G. CANIVET, L. IDOT (dir.), *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, Evolutions et perspectives*, *op.cit.*, p.25-29; N. MOUY, «L'utilisation des concepts économiques de l'analyse concurrentielle par le juge administratif», *JCP A*, 29 oct.2007, n°2289.

<sup>44</sup> Pour une discussion sur cette assimilation des autorités administratives indépendantes aux experts: P. NHEROT, «Quelques réflexions sur l'expertise en droit européen de la concurrence», *ADP*, T.33, 1988, p.301-321; J. CHEVALLIER, «Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés», *Justices*, 1995, n°1, p. 81-90; M. LOMBARD, *Régulation économique et démocratie*, Dalloz, coll. «Thèmes et commentaires», 2006, A-L. SIBONY, *Le Juge et le raisonnement économique*, L.G.D.J., 2008, p. 6-7.

<sup>45</sup> A- L. SIBONY, *op.cit.*, p. 137.

<sup>46</sup> A- L. SIBONY, *op.cit.*, p. 137.

<sup>47</sup> S. HARNAY, A. MARCIANO, «Le juge, le philosophe et le scientifique, commentaires sur «The problematic of Moral and Legal Theory» de R. Posner», *RIDE*, 2001, p. 101-109; J. BACKHAUS, «Between Utopia and Aligement: Guidelines for the Economic Analysis of Law», *Economie Publique*, n° 7, 2001, p. 15-

conceptuels de l'*analyse économique* doivent se substituer au «formalisme» juridique. Le droit antitrust, représente à ce titre, l'archétype d'une branche dépouillée de tout *a priori* moral et désormais fondé sur une connaissance «positive» et scientifique de la réalité<sup>48</sup>.

On a souligné ce qu'avaient d'ambigus les termes «positivisme» et «formalisme» dans le discours de l'économie du droit<sup>49</sup>: en stigmatisant une interprétation comme formaliste, il s'agit de substituer une nouvelle interprétation laquelle n'en est pas moins exempte de préjugés et d'*a priori*. Et l'on mesure mieux l'enjeu idéologique des critiques actuelles qui s'adressent à l'interprétation «formaliste» de l'article 102 TFUE par exemple<sup>50</sup>. Entre les mains de la dogmatique, «formalisme» revient à critiquer une certaine manière d'interpréter le droit par préférence à une autre qui n'en est pas moins connotée. Donc il faut bien nuancer la dénonciation du formalisme tel qu'il est utilisé en droit de la concurrence: il masque en général des prises de positions idéologiques rivales sur l'interprétation ou la cohésion de la politique de concurrence.

## B- L'économie comme langage de vérité

Une seconde croyance que véhicule l'emploi de l'expression *analyse économique* est celle qui fait de l'économie un savoir homogène<sup>51</sup>. Précisément, un savoir unifié, capable de fournir

---

24, *op.cit.*; S. HARNAY et A. MARCIANO, *Posner et l'analyse économique du droit*, Paris, Michalon, coll. «le bien Public», 2003. Dans le même sens: R. BORK, «The Role of Courts in applying Economics» *Anti. L. J.*, 1985, p. 21-26; comme on l'a déjà souligné, ces différents arguments s'inspirent du courant de la «*sociological jurisprudence*», pour qui le juge n'est que l'acteur d'une ingénierie sociale plus vaste. Pour un exposé de ce courant: E. SERVERIN, *Sociologie du droit*, *op.cit.*, p.77-79; B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruylant, 2007, p. 422-493; P. GAUCHOTTE, *Le pragmatisme*, «Que sais-je», PUF, 1992.

<sup>48</sup> D. GERBER, «Courts as Economic experts in European Merger Law», *Fordham Corp. L. Inst.* 2004, p.475-494.

<sup>49</sup> V. développements supra §1.

<sup>50</sup> Par ex, D. GERARDIN, «Prêt pour une révolution?», *Concurrences*, 2005, n°4, p.16-17; L. LOVDHAL GORMSEN, «Article 82 EC: where are we coming from and where are we going to?», *Comp. L. Rev.*, 2006, p.5-25; P. REY, «Une approche économique de l'article 82», *RCC*, 2006, n°146, p.8-11; p.11-14; A. WACHSMANN, «Les limites de l'approche actuelle en matière de position dominante», *RCC*, *op.cit.*, p.3-8; A. VANDENCASTEELE, «Une nouvelle approche à l'égard des abus de monopolisation? Quelques commentaires à propos du document de travail de la Commission européenne relatif à l'article 82 aux abus de monopolisation», *RIDE*, 2006, n°1, p.87-121.

<sup>51</sup> J-B. BLAISE affirme ainsi: «L'*analyse économique* séduit par sa cohérence conceptuelle et sa rigueur scientifique. Elle se situe exclusivement dans le champ de la «raison pure» de la micro-économie. Elle ignore le raisonnement de type juridique, qui prend appui sur la loi et sur les précédents jurisprudentiels et qui conclut à une interprétation de la norme juridique. Elle ne craint pas de contester les solutions juridiques, y compris la jurisprudence des cours suprêmes, qui semblaient pourtant acquises. (...) L'*analyse économique* se veut scientifique. Prenant appui sur la théorie économique la plus récente, elle procède selon un raisonnement rigoureux et volontiers mathématique, pour aboutir à une solution certaine. Elle est rationnelle car elle considère que tout opérateur est capable de prendre des décisions rationnelles dans un intérêt égoïste. Elle prend pour objet des cas concrets. (...)», in C. PRIETO, L. IDOT, *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles: le règlement 1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses?* Bruylant 2006, p. 237-238.



le «bon», ou en tout le cas, le plus acceptable critère d'appréciation d'une pratique d'entreprise. Ce savoir imaginaire invoqué comme s'il faisait consensus chez les économistes est, dans son ensemble, admis comme rigoureusement scientifique<sup>52</sup>; davantage en tout cas que le discours dogmatique traditionnel des juristes<sup>53</sup>. Les concepts dérivés de prescriptions multiples sont, à cet égard, appréhendés comme autant de points de vue objectifs et neutres d'un point de vue axiologique. L'*analyse économique* est ici envisagée à l'aune d'un lieu commun scientifique. La croyance dans sa grammaire rigoureuse, produit les réponses objectives aux interrogations des autorités chargées d'appliquer le droit de la concurrence: «(...) *l'analyse économique explique et justifie la raison d'être des principes du droit. Elle conforte et renforce le savoir du juriste. Elle offre les outils nécessaires à l'adaptation de la norme aux données évolutives de la société. Elle serait, en outre, un facteur de renouveau d'une doctrine, qui a tendance à se réfugier dans un positivisme stérile en lui restituant sa fonction essentielle de dégager les fondements de la règle et de proposer son adaptation aux nouvelles réalités*»<sup>54</sup>. Cette croyance constitue le point d'entrée qui permet de proposer de

---

<sup>52</sup> J. SCHAPIRA, «Concepts économiques et droit européen», *JDI*, 1972, p.5-16; M. GLAIS, «Les fondements micro-économiques de la jurisprudence concurrentielle (française et européenne)», *Rev. éco*, n°1, Janvier 1987, p.75-115; O.WILLIAMSON, «Delimiting antitrust», *Georgetown Law Journal*, vol 76, 1987, p.271; P. VERLOREN VAN THEMAAT, «L'économie à travers le prisme du juridique», *RIDE*, 1989, p.133; M. GLAIS, «Les apports théoriques récents en économie industrielle et la nouvelle gestion de la politique de la concurrence», *REI*, 1990, vol.51, n°1, p.255-275; M. PASTUREL, «Entreprise et raisonnement économique. Quelle place pour le droit positif? L'exemple de la concurrence», in *Mélanges en l'honneur de P. Bézard*, Montchrestien, 2002, p.273-283; Conseil d'Etat, rapport public 2002, *Collectivités publiques et concurrence*, Paris, La Documentation Française, 2003, p.336; M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence*, 2<sup>e</sup> ed. 2003, p.55-62; B. Du MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Science Po et Dalloz, 2004, p. 1-4; I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique (l'exemple du traitement des restrictions verticales par le droit communautaire et américain de la concurrence)*, Thèse, Strasbourg, Université Robert Schuman, 2004; H. LEGAL, «Quelle place pour l'analyse économique des aides d'Etat?», *Concurrences*, n°1 2006, p.69-73; A. ANTOINE, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, Thèse, université de Grenoble, 2007, p.40, 44, 45, 268; F. JENNY, «Le rôle de l'analyse économique dans le contrôle exercé par la Cour de cassation en matière de droit de la concurrence», *Concurrences*, n°4, 2007, p.27-35; A-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, *op.cit.*; M. BAZEX, «Le droit public de la concurrence», *RFDA*, 1998, p.781-800; P. VERLOREN VAN THEMAAT, «L'économie à travers le prisme du juridique», *RIDE*, 1989, p.133.

<sup>53</sup> Cette vision faussée est principalement illustrée par Posner dans son ouvrage: *Le juge, le philosophe et le scientifique*, commenté par S. Harnay et A. Marciano, dans la *RIDE* 2001, n°1, p.101-109. Pour Posner, l'interprétation du droit doit se concevoir sur le même modèle que celui prescrit par la science, entendu, la science économique. L'opération d'interprétation serait par la même calquée sur un paradigme de connaissance expertale. Dans un sens critique: T. KIRAT, «R. Posner, le juge et le pragmatisme: un regard critique», *Journée d'étude: le pragmatisme et les sciences sociales*, ENS Cachan, 11 avr.2005, p.1-15; D. DANET, «Le droit antitrust doit-il être économiquement correct?», *Dall. aff.*, n°43, 1996, p.1370-1375.

<sup>54</sup> G. CANIVET, B. DEFFAINS, *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, ed. Cujas, 2002, p.1-3; R. BORK, «The role of the courts in applying economics», *Anti. L. J.*, 1985, p.21-26; R. POSNER, «Oligopoly and the antitrust Laws: a suggested approach», *Stan. L. Rev.*, vol. 21, 1969, p. 1512; C. CHAMPAUD, «Les sources du droit de la concurrence au regard du droit commercial et des autres branches du droit applicable en France», in *Mélanges en l'honneur de R. Houin*, Dalloz/sirey, 1985, p.61-107; A. PERROT, L. VOGEL, «Entente tacite, Oligopole et parallélisme de comportement», *JCP E*, 1993, n° 48, p. 539-543; A. PERROT, «La place de l'analyse économique dans le contrôle des questions de concurrence. La pratique française», *RLC*, 2007, n° 13, p. 201-203; P. CHONE, «Communication des échanges d'information sur les

nouveaux concepts ou schèmes d'interprétation à destination des interprètes. Concrètement, il s'agit de prescriptions véhiculées par les juristes et les économistes sur la façon d'interpréter au mieux la norme. Interprétée dans ce second sens, l'expression *analyse économique* connote un jugement de valeur formulé à l'aune d'une école de pensée qui se présente toutefois comme un point de vue unanimement partagé par l'ensemble de la doctrine économique.

Si l'on résume, la locution *analyse économique* revêt, dans le discours dogmatique, deux significations possibles: celle de l'économie comme fait; celle de l'économie comme langage imaginaire et uniforme de vérité. Ces deux croyances constituent les têtes de pont d'une production dogmatique destinée aux interprètes<sup>55</sup>. Si elles éloignent en apparence le droit de la concurrence de tout débat politique ou éthique, elles dissimulent mal l'hétérogénéité qui les caractérise. Sans y revenir à nouveau, il convient de rappeler ce qu'a de problématique la croyance en l'*analyse économique* comme fait, si ce n'est comme discours homogène. Derrière cet apparent renouveau se dissimule une préoccupation éthique ancienne, en l'occurrence celle du monopole dont les économistes n'ont pas le privilège. Il convient, par conséquent, de présenter les différents antagonismes qui traversent aujourd'hui cette question.

## ***Section 2: Le problème du monopole***

Il existe aujourd'hui en droit de la concurrence, différents discours qui s'affrontent autour de son fondement. Cet affrontement est à la source d'argumentations hétérogènes dans lesquelles puisent les interprètes ainsi que les parties dans l'évaluation de comportements d'entreprises<sup>56</sup>. En réalité, les différents concepts économiques qui jalonnent l'interprétation des normes naissent de préoccupations éthiques concurrentes sur les finalités du droit de la concurrence. Ces différents discours producteurs de concepts et d'argumentaires font écho au

---

marchés oligopolistiques: analyse économique et jurisprudence récente du Conseil de la concurrence», *RLC*, 2008, n° 14, p. 197-205.

<sup>55</sup> Par ex, VAN DEN BERGH R., «Le droit civil face à l'analyse économique du droit», *RIDE*, n° 1, p. 229-254; B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Science Po et Dalloz, 2004. Pour une approche critique de cette posture: A. LYON-CAEN, «L'économie des juges», *Billets d'humeurs en l'honneur de D. LOCHAK, Frontière du droit, critique des droits*, coll. «Droit et Société», 2007, p.261-263; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, «L'analyse économique du droit est-elle une source du droit? Propos sur la doctrine du premier président de la Cour de cassation», *RTDCiv*, juil/août, 2006, p.505-510.

<sup>56</sup> Par ex, pour des argumentaires fondés sur des concepts structuralistes: CJCE, 14 févr.1978, *United Brands Company c/ Commission*, aff. 27/76, Rec. p.207; CJCE, 13 févr.1979, *Hoffmann-La Roche c/ Commission*, aff. 85/76, Rec. p. 461; CJCE, 9 nov.1983, *Michelin c/ Commission*, aff. 322/81, Rec. p.3461; CJCE, 3 juil.1991, *AKZO c/ Commission*, aff. C-62/86, Rec. p.I-5449; CJCE, 14 nov.1996, *Tetra Pak c/ Commission*, aff.C-333/94 P, Rec. p. I-5951. Pour des argumentaires fondés sur la théorie des marchés contestables: CE, 13 févr. 2006, *De Longhi, Spa et autres*, n° 278796, concl. E. Glaser, *RFDA*, 2006, p.715-726; Dec. Commission, 16 mai.2000, *FETTCSA*, 2000/627/CE, JO, n° L 268/1 du 20 oct.2000; Dec. Commission, 16 sept.1998, *Trans-Atlantic conference Agreement*, 1999/243/CE, JO, n° L 95/1 du 9 avr. 1999

problème rémanent du monopole<sup>57</sup>. Loin d'être nouveau, le débat sur le monopole figure déjà dans les écrits de Smith qui en est un fervent détracteur<sup>58</sup>.

On sait que l'auteur de la *Richesse des Nations* s'est violemment opposé tant aux monopoles d'État dans les colonies anglaises qu'à ceux résultant de corporations de métiers. Il serait toutefois réducteur d'expliquer la position de Smith du seul point de vue de l'économie. Sa dénonciation du monopole prend racine dans une certaine réification de la liberté d'un point de vue politique. Et cette dénonciation pose d'emblée celle de la concentration du pouvoir économique en rapport avec le pouvoir politique. Systématiquement présente dans la pensée philosophique, économique et politique<sup>59</sup>, elle est aujourd'hui partie prenante du néolibéralisme (§1) dont les courants s'opposent sur l'appréciation éthique qu'il y a lieu de porter sur le monopole et la concurrence de façon plus générale (§2).

## Paragraphe 1: La question du monopole en débat

La réflexion sur le monopole n'a, au départ, pas été la préoccupation des économistes libéraux. Un aperçu schématique des débats sur cette question permet d'aller dans le sens de cette première affirmation (A). La question du monopole, et avec elle celle des fondements du droit de la concurrence se sont imposées au niveau mondial comme une réponse au discrédit du libéralisme après la crise de 1929 (B).

### A- Le monopole dans le contexte du *Sherman Act*

Le monopole divise aujourd'hui amplement la doctrine économique. Non qu'il ait été auparavant abordé par les classiques mais, les transformations du capitalisme américain et le vote du *Sherman Act*, vont réactiver les débats à son sujet<sup>60</sup>. Les termes de ce débat se

---

<sup>57</sup> G. STIGLER, «The Economists and the Problem of Monopoly», *Am.Eco.Rev.*, vol.72, n°2, 1982, p.1-11.

<sup>58</sup> P. ROSANVALLON, *Le capitalisme utopique. Histoire de l'idée du marché*, Seuil, 1999.

<sup>59</sup> C. SALOMANO FILHO, *Histoire critique des monopoles*, LGDJ, 2010; G. STIGLER, «The Economists and the Problem of Monopoly», *op.cit.*; R. BORK, «Antitrust and Monopoly. The Goals of antitrust policy», *Am.Eco.Rev.*, n°2, 1968, p.242-253. Signalons que le monopole a aussi été traité par les marxistes et les austromarxistes, v. sur cette question: A. ALCOUFFE, «R. Hilferding: le développement de l'analyse marxiste de la concentration», in R. ARENA, *Traité d'Economie industrielle*, Paris, Economica, 1991, p.75-78. Nous nous concentrerons ici uniquement sur les courants néolibéraux dans la mesure où ils sont principalement à la source de la production des différents concepts actuels du droit de la concurrence.

<sup>60</sup> M. J. SKLAR, *The Corporate reconstruction of American capitalism 1890-1916, The Market, The Law and Politics*, Cambridge Univ Press, 1988; H. HOVENKAMP, *Enterprise and American Law*, 1991, Harv Univ Press; A. PLESSIS, *Naissance des libertés économiques, le décret d'Allarde et la loi Le Chapelier*, Institut d'histoire de l'Industrie, Paris, 1993; A. SMITH, *Enquête sur la nature et les causes de la richesse des nations*,

résumant aux mouvements de concentration que connaît, depuis la fin de guerre civile, l'économie américaine. Les libéraux, dans l'optique que le marché fonctionne selon une loi naturelle, s'opposent aux institutionnalistes qui prônent un contrôle des monopoles «*Dewey argumentait que, dans l'histoire américaine, l'individualisme incontrôlé (unchecked individualism) avait conduit à des entités concentrées du pouvoir économique, des monopoles légitimés par les lois du développement économique, tandis que l'exercice de la liberté était devenu synonyme de l'absence de tout contrôle organisé*»<sup>61</sup>.

Face à la crainte des trusts, J. Bates Clark oppose l'harmonie naturelle des lois du marché. L'argument selon lequel les trusts seraient source de concurrence déloyale n'est pas pertinent pour cet auteur. La ruine des petits producteurs se justifie par l'évolution naturelle du marché. De surcroît, ajoute Clark, les trusts restent contrôlés par leurs actionnaires qui constituent un contre-pouvoir puissant dans l'hypothèse d'éventuels abus. Si le Trust exerce une concurrence déloyale, les actionnaires ont tout intérêt à se retirer. Par conséquent, toute prise de risque hasardeuse est d'avance vouée à l'échec. Même s'il existe des risques de comportements déloyaux, Clark juge inutile le *Sherman Act*; le marché peut de lui-même résorber ce type de problèmes sans l'aide du législateur<sup>62</sup>. L'argument de Clark constitue l'archétype d'un courant non négligeable opposé au vote du *Sherman Act*. Il présuppose un certain naturalisme que dénoncent des auteurs institutionnalistes comme Veblen<sup>63</sup>. Ce naturalisme prend racine dans la pensée de Bastiat ou de Say lesquels estiment que la production crée sa propre demande<sup>64</sup>.

De leur côté, les institutionnalistes, influencés encore par l'école historique allemande, contribuent à incorporer au sein du *United States Bureau of Corporation* (ancêtre de la FTC), une analyse de type historiciste. Cette domination est de courte durée puisque, si l'on en croit Hovenkamp, le rayonnement de l'école historique est bientôt supplanté par le courant marginaliste dans le champ de la littérature sur le droit de la concurrence<sup>65</sup>. En dépit de ces changements, les questions éthiques demeurent les mêmes. Young affirme par exemple

---

Paris, PUF, 1995; A. SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, Paris, PUF, 1999; R. PERITZ, *Competition Policy in America, History, Rhetoric, Law*, Oxford Univ Press, 1996.

<sup>60</sup> J-P. HIRSCH, «Concurrence», in A. STANZIANI (dir.), *Dictionnaire historique de l'économie-droit XVIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles*, Droit et Société/ LGDJ, 2007, p.71-80.

<sup>61</sup> G. CAMPAGNOLO, «*Seuls les extrémistes sont cohérents...*» *Rothbard et l'école austro-américaine dans la querelle de l'herméneutique*, ENS ed. 2006, p.92.

<sup>62</sup> J. B. CLARK, *The control of Trusts*, London, Mac Millan, 1901, p.1-8.

<sup>63</sup> T. VEBLEN, «Why is economics not an evolutionary science? », *Quar.Jour.Eco*, 1898.

<sup>64</sup> T. SOXELL, *Say's Law: an historical Analysis*, Princeton Univ Press, 1972.

<sup>65</sup> Cette affirmation mérité d'être nuancée dans la mesure où la domination marginaliste ne se fera que bien des années plus tard. Entre temps, triomphe en effet une approche elle aussi empirique qui mélange à la fois le marginalisme aux observations statistiques sur les trusts: J. M. SKLAR, *The Corporate reconstruction of Capitalism. The Market, The Law and Politics*, op.cit.

s'agissant du monopole, qu'il y a lieu de dissocier entre l'entrepreneur qui se livre à la concurrence et celui qui tend vers une situation de monopole: le premier agit comme un entrepreneur ordinaire, pendant que le second est animé d'une recherche de puissance qui tend à éliminer ses concurrents potentiels. Partant, Young suggère un certain nombre de critères – que, déjà à cette époque, il estime plus proche de l'*analyse économique* – afin de mieux interpréter le sens du terme «*restrain trade*» inscrit dans les dispositions du *Sherman Act*.

L'avènement du marginalisme n'empêche pas pour autant la majorité des économistes américains d'exprimer leur scepticisme envers les monopoles<sup>66</sup>. En effet, l'approche naturaliste est de plus en plus contestée non seulement par le lobby des petits producteurs, mais aussi celui des grandes entreprises. La crise de 1893 que connaissent les États-Unis remet en cause le naturalisme défendu par les économistes classiques.

En effet, ce que redoute le lobby des grands producteurs, c'est la surproduction qui est à la base de la crise<sup>67</sup>. S'ils admettent encore que la création de monopole résulte des lois naturelles du marché, ils appellent en revanche à plus d'interventionnisme concernant la surproduction et, par là même, reconnaissent que le marché ne peut fonctionner de façon totalement libre. Les petits producteurs ont une lecture différente du problème: la concurrence doit être en mesure de sauvegarder l'indépendance et le droit de propriété de chaque entreprise. Une telle prémisse commande de considérer l'apparition du monopole comme pathologique. Bien que les deux thèses s'opposent dans l'ensemble, elles s'accordent au moins sur le fait qu'une concurrence débridée ne profite à aucun des deux camps. Sur la base de ces revendications, les économistes vont tenter de formuler de nouvelles justifications théoriques au fonctionnement de la concurrence.

Conant, Hadley et Jenks s'attèlent alors à développer de nouveaux modèles qui préfigurent ceux de la concurrence imparfaite de Chamberlin et Robinson<sup>68</sup>. La théorie du *Business cycle* justifie à cet égard, le caractère inévitable des crises dans un environnement concurrentiel. En période de crise, la surproduction constitue une réponse rationnelle d'une entreprise qui connaît de coûts fixes élevés, et qui, au lieu d'arrêter brutalement sa production,

---

<sup>66</sup> H. HOVENKAMP, «The antitrust movement and the rise of industrial organisation», *Texas. L. Rev*, n° 68, 1989, p.105-168; H. HOVENKAMP, «The First Great Law&Economics Movement», *Stan. L. Rev*, 1990, p.993-1059.

<sup>67</sup> J. M. SKLAR, *The Corporate reconstruction of American capitalism 1890-1916. The market, the Law and Politics*, op.cit, p.53-57.

<sup>68</sup> Jenks est par exemple expert à la Commission de l'industrie du Congrès sur les questions de Trust à partir de 1898. Conant est aussi conseiller de nombreux politiques, in J.M SKLAR, *The corporate reconstruction of American capitalism 1890-1916. The market, the Law and Politics*, op.cit, p.57-60.

préfère vendre à des prix plus bas, ce qui a pour conséquence de réduire ses pertes<sup>69</sup>. On voit par cet épisode combien les milieux d'affaires influencent la domination des courants de pensée sur la question du monopole.

Dans cette littérature où s'opposent thèses naturalistes et interventionnistes rares sont ceux qui, comme Liefmann, refusent de prendre position. Liefmann souligne en effet la vacuité d'un débat pro ou anti monopole<sup>70</sup>. En partant de l'idée que la concurrence se pense comme un processus<sup>71</sup>, Liefmann considère dans la réalité que ce processus mêle à la fois des situations monopolistiques, oligopolistiques et concurrentielles. L'approche positive qu'il suggère permet seulement de constater que l'ensemble du processus concurrentiel s'oriente irrémédiablement vers l'acquisition de positions de monopoles<sup>72</sup>. Il y a, sur ce dernier point, comme une continuelle rémanence. Et Liefmann de remarquer avant Weber, que ce qui est la base de la destruction du processus concurrentiel, c'est la concurrence elle-même<sup>73</sup>.

## B- Le monopole dans la pensée néolibérale

La crise de 1929 va donner à la question du monopole une ampleur sans précédent dans la pensée néolibérale. Le terme néolibéralisme est en effet polysémique à plus d'un titre<sup>74</sup>. Nous rangerons sous cette bannière, un ensemble de discours qui se donnent pour mission de réformer la pensée libérale de l'intérieur, sans pour autant réfuter le dogme de la liberté individuelle. Ce qui nous intéresse ici est moins de retracer l'histoire d'un tel courant que d'en exposer les aspects qui ont directement trait au droit de la concurrence. La crise de la fin des années vingt discrédite le libéralisme traditionnel en tant que doctrine économique et politique. À partir de cet échec, un certain nombre d'auteurs, acquis aux idées libérales, proposent d'en refonder le contenu. Refonder le libéralisme, c'est d'abord se déprendre de l'idée que le marché peut fonctionner de manière naturelle, ainsi que l'indique Rougier lorsqu'il évoque la «*mystique économique*»<sup>75</sup>; c'est aussi, comme l'expriment Dewey ou

---

<sup>69</sup> J. M. SKLAR, *op.cit*, p.66-68.

<sup>70</sup> R. LIEFMAN, «Monopoly or competition as the basis of a government Trust policy», *Journ. of economics*, févr.1915, p.308-325.

<sup>71</sup> R. HILFERDING, *Finance Capital. A Study of the latest phase of capitalist development*, ed. T. Bottmore, Routledge & Kegan Paul, London, 1981; A. ALCOUFFE, «R. Hilferding: le développement de l'analyse marxiste de la concentration», in R. ARENA, *Traité d'Economie industrielle*, Paris, Economica, 1991, p.75-78.

<sup>72</sup> R. LIEFMAN, *op.cit*, p.13.

<sup>73</sup> R. LIEFMAN, *op.cit*, p.14.

<sup>74</sup> On peut se reporter sur ce point, à: V.VALENTIN, *Les conceptions néo-libérales du droit*, Economica, Corpus Essais, 2002.

<sup>75</sup> S. AUDIER, *Le colloque Lippmann. Aux origines du néolibéralisme*, Le bord de l'eau, 2008, p.45.

Lippmann, prendre conscience que l'État doit intervenir pour corriger les injustices sociales<sup>76</sup>. L'influence politique des monopoles, le discrédit qu'ils apportent à la démocratie qui, au fil du temps, tend à se rapprocher d'une ploutocratie, constituent les causes du déclin inexorable du libéralisme selon Lippmann. Partant, il faut revenir sur le dogme de la séparation État/marché. Le droit de la concurrence doit s'attacher à restaurer les inégalités sociales: «(...) *Dans un régime de vraie concurrence, seuls les pionniers qui ont réussi réaliseraient des bénéfices considérables*»<sup>77</sup>.

Ce sont là, exposés de façon succincte, les principaux thèmes qui rassemblent à Paris, en août 1938, un ensemble d'intellectuels sur la question de la refondation du libéralisme<sup>78</sup>. Comme base de réflexion, *La Cité libre*<sup>79</sup> de Lippmann réunit des penseurs aussi divers qu'Hayek, Rüstow, Röpke, Von Mises, Aron, Marjolin, ou Rueff<sup>80</sup>. On peut d'ores et déjà remarquer que nombre de ces personnages vont contribuer après Guerre à l'adoption de règles de concurrence au sein de l'Union européenne. *La Cité libre* s'interroge en effet sur une troisième voie politique susceptible de tourner le dos à la fois au libéralisme classique et au socialisme. Le grand enseignement de la crise de 1929 avait été de comprendre que le marché, livré à lui-même, menait à l'autodestruction tant d'un point de vue économique que politique, avec l'avènement de régimes totalitaires<sup>81</sup>.

Si le fonctionnement du marché n'est pas naturel, la question centrale était celle de savoir «*comment faire en sorte que la liberté économique fonde et limite à la fois l'action de l'État?*»<sup>82</sup> Sous ce rapport, le droit est perçu comme un moyen d'intervention capable de

---

<sup>76</sup> S. AUDIER, *op.cit.*, p.58-74; 78-79.

<sup>77</sup> S.AUDIER, *op.cit.*, p.72.

<sup>78</sup> S. AUDIER, *Le Colloque Lippmann. Aux origines du néo-libéralisme*, ed. Le Bord de l'Eau, 2008

<sup>79</sup> M. FOUCAULT, *Naissance de la Biopolitique*, Cour au collège de France (1978-1979), (dir.), F. EWALD, A. FONTANA, Gallimard, Seuil, 2004, p.138; W. LIPPMANN, *La Cité Libre*, trad. G. Blumberg, Librairie de Médecis, 1938.

<sup>80</sup> Le Colloque W. Lippmann s'est tenu à l'Institut International de coopération intellectuelle du 26 au 30 août 1938. Y prirent part entre autres: R. Aron, R. Auboin, L. Baudin, M. Bourgeois, J. Castillojo, J.B. Condcliffé, A. Detoef, F. A Hayek, B. Hopper, B. Lavergne, E. Mantoux, R. Marjolin, L. Marlio, M. Mercier, L. V. Mises, A. Piatier, M. Polanyi, S. Possony, W. Röpke, L. Rougier, J. Rueff, A. Rüstow, M. Schutz, M. Van Zeeland. Le colloque aboutit à la création du Centre International pour la Rénovation du Libéralisme qui donna naissance à la Société du Mont Pèlerin.

<sup>81</sup> J. Rueff faisait remarquer à ce propos: «*La notion d'institution a été peu étudiée. C'est à une époque récente seulement qu'un juriste philosophe, Maurice Hauriou, mort en 1929, qui fut doyen de la faculté de droit de Toulouse, s'est appliqué à en dégager la théorie. Pour lui, «ce qui est institué s'oppose à ce qui est inorganisé, séparé, strictement individualisé et à ce qui est éphémère et passager». Le trait essentiel de l'Institution, ainsi entendue, c'est son finalisme. Elle tend à réaliser une certaine structure sociale. Elle n'est qu'un moyen en vue du résultat qu'elle tend à promouvoir. C'est ainsi que le Traité de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier et celui de la Communauté Economique Européenne tendent à réaliser un certain type de marché (...). Dans les deux cas, c'est l'ordre qui est la fin et l'Institution le moyen.*», in «Souvenir de neuf années de magistrature européenne et de deux comités d'assainissements financiers», *Essais rédigés en l'honneur de J. Rueff*, *op.cit.*, p.476-488.

<sup>82</sup> M. FOUCAULT, *op.cit.*, p.105.

corriger le processus d'autodestruction, caractéristique de la concurrence<sup>83</sup>: «*Le libéralisme moderne, s'il est toujours un régime de «laissez-passer», n'est plus, en fait, un régime de «laissez-faire». Sa doctrine l'a convaincu qu'une civilisation de marché comporte de très larges possibilités d'interventions: intervention par action sur les causes et les effets des prix, intervention par voie légale ou réglementaire, intervention, enfin et surtout, par les redistributions de revenus que permet l'exercice de la souveraineté fiscale*»<sup>84</sup>.

Le colloque Lippmann réunit, au sein du néolibéralisme, des courants très hétérogènes, lesquels ne se rejoignent pas toujours sur la question des monopoles et du droit de la concurrence. Lippmann, Dewey, Rueff et l'école ordolibérale s'accordent sur la nécessité de règles en matière de concurrence capables de contrôler à la fois les monopoles tout en contenant l'intervention de l'État<sup>85</sup>. Von Mises et Hayek estiment, quant à eux, dans la lignée du libéralisme traditionnel qu'il n'y a pas lieu d'intervenir contre les monopoles, lesquels résultent du fonctionnement naturel du marché.

Il y a donc dès le départ un clivage entre ceux qui estiment qu'il faut doter la concurrence de règles tout en luttant contre l'effet nuisible des monopoles et ceux, alors en minorité, qui ne voient pas la nécessité de doter la concurrence de règles. Ainsi que l'affirme l'ordolibéral Rustow à l'adresse de l'autrichien Von Mises: «*Tout bien considéré, il est indéniable qu'ici, dans notre cercle, deux points de vue différents sont représentés. Les uns ne trouvent rien d'essentiel à critiquer ou à changer au libéralisme traditionnel, tel qu'il fut et tel qu'il est, abstraction faite, naturellement, des adaptations et des développements courants qui vont de soi. À leur avis, la responsabilité de tout le malheur incombe exclusivement au côté opposé, à ceux qui par stupidité ou par méchanceté, ou par un mélange des deux, ne peuvent ou ne veulent pas apercevoir et observer les vérités salutaires du libéralisme. Nous autres, nous cherchons la responsabilité du déclin du libéralisme dans le libéralisme lui-*

---

<sup>83</sup> J. RUEFF, «Regards sur le libéralisme moderne», *Les Essais*, n°1, 1961.

<sup>84</sup> J. RUEFF, «Regards sur le libéralisme moderne», *op.cit.*; M. FOUCAULT, *Naissance de la Biopolitique, Cours au Collège de France, (1978-1979)*, (dir.) F. EWALD et A. FONTANA, coll. «hautes études», Gallimard, Seuil, p.173.

<sup>85</sup> Très éclairante à ce titre, est l'affirmation assez virulente de J. Rueff à propos de l'institutionnalisation des ententes au regard du projet Flaminio Marchand: «*Dans presque tous les cas elles sont le type de l'intervention incompatible avec le mécanisme des prix, et contradictoires avec lui parce que souvent elles tendent au blocage des prix (c'est aussi un point sur lequel je ne suis pas d'accord avec tous mes amis) et parce que, sous réserve de circonstances exceptionnelles, elles tendent au moindre rendement, c'est-à-dire au malthusianisme. Je voudrais vous donner des résultats de mon expérience: j'ai toujours vu que ces ententes ne se développaient efficacement que quand elles avaient la sanction de l'Etat. Quand elles ne bénéficiaient pas du parrainage de l'Etat, elles étaient vouées à la stérilité. C'est pour cela que je considère qu'il n'y a pas de pires absurdités que le projet de loi sur les ententes obligatoires*» In *Essais rédigés en l'honneur de J. Rueff, op.cit.*, p.464. Sur cette question: F. DENORD, «Néo-libéralisme et «économie sociale de marché»: les origines intellectuelles de la politique européenne de la concurrence», *HES*, n°1, mars 2008, p.23-33.



même; et, par conséquent, nous cherchons l'issue dans un renouvellement fondamental du libéralisme»<sup>86</sup>.

Pourtant, c'est bien l'approche naturaliste qui s'est imposée au sein de la société du Mont pèlerin, fondée à la suite du colloque Lippmann<sup>87</sup>. Les débats sur les fondements et la finalité du droit de la concurrence vont donc se cristalliser autour de deux clivages: l'un naturaliste, l'autre qui rejette la vision naturaliste du marché. Depuis lors, les termes du propos n'ont pas changé: faut-il ou pas s'attarder sur les effets nuisibles du monopole et de la concurrence? De quelle manière y remédier? Le droit de la concurrence oscille de façon cyclique entre ces deux approches<sup>88</sup>.

## **Paragraphe 2:** Les débats contemporains autour des fondements du droit de la concurrence

Si le débat sur le droit de la concurrence en est resté là où l'a laissé le colloque Lippmann, c'est, sans aucun doute, parce qu'il s'est au fil du temps considérablement appauvri<sup>89</sup>. Longtemps pris pour objet par la philosophie, la sociologie ou le droit, la question du monopole s'est ostracisée à la seule discipline économique<sup>90</sup>. De là, et suivant la domination des courants de pensée, elle s'est technicisée au point d'évacuer toute réflexion de nature éthique sur le monopole et la concurrence. L'étude de la concurrence est devenue une question de modèles au point que les différents courants qui s'y intéressent ne semblent plus voir la nécessité de s'interroger plus avant sur les enjeux démocratiques et éthiques qu'elle suscite<sup>91</sup>. Seul le courant austro-américain assume encore l'idée que les fondements du droit de la concurrence posent un problème éthique par excellence. Les propos qui vont suivre

---

<sup>86</sup> S. AUDIER, *op.cit.*, p.333.

<sup>87</sup> S. AUDIER, *op.cit.*

<sup>88</sup> DENORD F, A. SCHWARTZ, «L'économie (très) politique du traité de Rome», *Politix*, 1/2010, n°89, p.35-56.

<sup>89</sup> En comparaison bien entendu, d'auteurs comme Smith qui n'ont pas hésité à ancrer le thème de la concurrence dans le champ de l'éthique ou la morale: A. SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, Paris, PUF, 1999. Pour un point de vue plus récent: G. BECKER, «Competition and democracy», *JLE*, vol.1, 1958, p.105-109; J. VIENER, «The intellectual history of laissez-faire», *JEL*, vol.3, 1960, p.45-69; A. DIRECTOR, «The Parity of Economic Market Place», *JLE*, vol.7, 1964, p.1-10; P. BONASSIES, «Les fondements du droit communautaire de la concurrence: la théorie de la concurrence-moyen», in *Mélanges en l'honneur de A. Weill*, Dalloz/ Litec, 1983, p.51-67.

<sup>90</sup> J-P. HIRSCH, «Concurrence», in A. STANZIANI, *Dictionnaire historique de l'économie-droit XVIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles*, Droit et Société/ LGDJ, 2007, p.71-80.

<sup>91</sup> Par ex, s'agissant de la pensée économique allemande: G. CAMPAGNOLO, *Critique de l'économie politique classique*, PUF, 2004; O. De SCHUTTER, «Réalisme juridique, institutionnalisme et ordolibéralen (A propos de l'histoire intellectuelle des rapports entre le droit et l'économie)», *Annales d'études européennes de l'Université Catholique de Louvain*, 1998/1999, p.3-27.

tentent de démontrer ce point. On présentera d'abord les paradigmes, moins influents depuis ces dernières années, favorables à une intervention plus vigoureuse contre les monopoles (A) avant d'en venir à ceux acquis au laisser-faire (B).

#### A- Les paradigmes d'inspiration égalitaires

L'ordolibéralisme (a) d'une part, la théorie structuraliste d'autre part (b), constituent les deux paradigmes d'inspiration égalitaire du fonctionnement de la concurrence qu'il convient d'exposer plus avant.

##### b- L'ordolibéralisme

La pensée ordolibérale reste très peu connue en France<sup>92</sup>. On ne la cite que par référence à son influence lointaine sur la construction européenne sans forcément avoir une idée claire de son origine. Pourtant, des termes tels que «constitution économique»<sup>93</sup> «économie sociale de marché», «d'ordre concurrentiel»<sup>94</sup> ou «d'ordre économique»<sup>95</sup> sont directement tirés de ce courant de pensée. Les fondements de la concurrence qui animent l'ordolibéralisme se construisent par rupture avec la pensée classique (1). De là, les ordolibéraux prônent un ordre concurrentiel qui contrôle à la fois l'intervention de l'État et la liberté économique des acteurs sur le marché (2)

##### 1- L'ordolibéralisme contre la pensée classique

La pensée ordolibérale puise ses racines autant dans le caméralisme, l'idéalisme de Fichte, le romantisme de Müller que l'école historique du droit de Savigny<sup>96</sup>. Elle prend naissance contre le libéralisme manchestérien. La théorie des forces productives de List exalte par exemple l'idée que l'économie doit fonctionner selon des principes moraux, mais qu'elle

---

<sup>92</sup> F. BILGER, «La pensée néolibérale française et l'ordolibéralisme allemand», in P. COMMUN (dir.), *L'ordolibéralisme allemand, aux sources de l'économie sociale de marché*, CIRAC/CICC, p.17-30; F. BÖHM, W. EUCKEN, *et.al*, «The Ordo Manifesto of 1936», in H. WILLGERODT, A. PEACOCK (ed), *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, MacMillan, Londres, 1989, p.15-26.

<sup>93</sup> J-L. CONSTANTINESCO, «La constitution économique de la République Fédérale allemande», *Rev.éco*, 1960, vol.11, n°2, p.266-290.

<sup>94</sup> C. LAVAL, «Mort et résurrection du capitalisme libéral», *MAUSS*, 2007, n°29, p.393-410.

<sup>95</sup> *La politique de concurrence, partie intégrante de la politique économique dans le marché commun*, Discours prononcé devant le Parlement européen à Strasbourg le 16 juin 1965 par Hans Von der Groeben, président du groupe concurrence, *RTDE*, 1965, p.399-413.

implique aussi dans de nombreux cas, l'intervention protectrice de l'État en réaction au libre-échange<sup>97</sup>. Cette opposition au libéralisme manchestérien prend tant et si bien de l'ampleur dans la pensée économique allemande, qu'il donne naissance à l'école historique allemande. La querelle des méthodes et la perte d'influence de ce dernier courant, conduisent nombre d'économistes allemands de la génération suivante parmi lesquels, Sombart, Spiethoff, Weber, Eucken, à opérer une synthèse des méthodes marginalistes et historiques<sup>98</sup>.

---

<sup>96</sup> Le caméralisme s'assigne au départ la gestion et l'administration du domaine du prince. Par la suite, il s'étend aux activités de police, de fiscalité et d'économie, au point de constituer la base d'un corpus de connaissances sur l'administration publique. Le terme «sciences de l'Etat» développé par G. Schmoller emprunterait à ce courant. La pensée caméraliste conçoit, à la différence du mercantilisme, une organisation sociale non naturelle, fondée sur une base éthique. Alors que les penseurs des lumières, grâce aux concepts d'«utilité», ou d'«intérêts privés» évincent toute considération morale de l'économie, le caméralisme opte pour une voie opposée. Comme l'affirme S. Broyer: «alors que le mercantilisme avait libéré l'économie de toute préconception éthique et que la scolastique avait pesé au moyen-âge sur le développement des activités économiques, le caméralisme allemand réaffirme les liens de la morale et de l'économie»: S. BROYER, «Ordnungstheorie et ordolibéralisme: les leçons de la tradition. Du caméralisme à l'ordolibéralisme: ruptures et continuités?», in P. COMMUN (dir.), *L'ordolibéralisme allemand, aux sources sociales de l'économie de marché*, CIRAC/CICC, 2003, p.81; K. TRIBES, *Strategies of economic order. German economic discourse 1750-1950*, Cambridge Univ.Press, 1995, p.8-32.

<sup>97</sup> Avec List, naît véritablement une critique structurée du libéralisme classique smithien. La publication, en 1842, du *Système national de l'économie politique* se situe en ce sens, à la croisée de l'influence romantique et de la pensée des lumières. A la différence de la *Richesse des nations* qui adopte une démarche rationaliste illustrée en certains points par des faits historiques, List procède de façon inverse: il part d'une recherche historique pour en déduire ses principes théoriques. C'est ainsi qu'il déduit, au regard de la situation de l'Allemagne que le libre échange ne conduit pas automatiquement à l'augmentation de la richesse nationale: «(...) il n'est profitable qu'aux nations disposant d'avantages concurrentiels absolus ou n'ayant pas à en perdre. Ainsi, le libre-échange sera utile aux nations ayant atteint le quatrième stade de l'évolution et à celles qui, par le commerce, peuvent espérer gagner les bases industrielles nécessaires pour accéder au second. Pour les nations se trouvant aux seconde et troisième étapes, un espace commercial fermé et l'encouragement de l'industrie nationale peuvent assumer le développement des forces productives» in S. BROYER, «Ordnungstheorie et ordolibéralisme: les leçons de la tradition. Du caméralisme à l'ordolibéralisme: ruptures et continuités?», *op.cit.*, p.83-84. Schmoller se veut être, à la suite de List, le chef de file de l'école historique allemande. On lui doit le mérite d'avoir pu unifier les pistes tracées par Hildebrand, Roscher et Knies développées à la suite de List. L'école historique allemande va, sur ces bases, élaborer un véritable programme de recherche fondée sur une méthode historiciste. De 1883 à 1884, apparaît cependant une polémique qui va bouleverser le visage et l'influence de l'école historique allemande sur la pensée économique allemande: la fameuse «querelle des méthodes», encore appelée «Methodenstreit», entre C. Menger et G. Schmoller. L'absence de solutions politiques concrètes face à la crise des années trente, va précipiter de déclin intellectuel de l'école historique allemande. Il faut attendre des penseurs comme Weber pour que s'instille, dans la pensée économique allemande, le changement de méthodologie économique prôné par Menger, in K. TRIBES, *Strategies of Economic order. German Economic discourse 1750-1950*, Cambridge Univ.Press, 1995, p.66-95.

<sup>98</sup> Eucken utilise une méthode qualifiée d'«abstraction isolante», qui consiste, à travers une approche historique comparative, à dégager des éléments conceptuels communs à tout système économique. Eucken critique en effet la théorie néo-classique en ce qu'elle ne permet pas d'appréhender la réalité sociale dans toute sa complexité. Sa méthode propose d'associer à la méthodologie néo-classique, une approche plus inductive. Le but étant de pouvoir surmonter l'opposition méthodologique qui a opposé l'école historique allemande aux néo-classiques, en particulier Menger. Chaque objet étudié à travers cette méthode est placé dans un contexte institutionnalisé. Ainsi, l'obtention de «morphologie», peut faire par la suite, l'objet d'une modélisation, J-D. WEISZ, «L'intérêt pour une approche régulationniste du détour par l'Ordolibéralisme», in P. COMMUN, *L'ordolibéralisme, aux sources de l'économie sociale de marché*, *op.cit.*, p.49-66; J-D. WEISZ, «A systemic perception of Eucken's foundation of economics», in A. LABROUSSE, J-D. WEISZ, *Institutional economics in France and Germany: German ordoliberalism versus the French regulation*, Berlin, Springer-Verlag, 2000, p.129-158.

L'ordolibéralisme naît de cette période charnière; précisément d'un questionnement profond sur la crise économique et politique de l'Allemagne à veille du nazisme<sup>99</sup>. En effet, dans le but de pallier les effets de la crise de 1929, les industries allemandes, encouragées par l'État, recourent à des stratégies de cartellisation. Soutenus par une jurisprudence qui leur est favorable, les Konzerns se multiplient à une vitesse exponentielle. La pensée ordolibérale se démarque du libéralisme classique parce qu'elle se demande par quels moyens parvenir à réintégrer l'État au sein d'un espace social dominé par la liberté économique<sup>100</sup>. Les ordolibéraux cherchent à résoudre le problème du capitalisme par les institutions capitalistes<sup>101</sup>: la concurrence «ne doit ses effets qu'à l'essence qu'elle détient, qui la caractérise et qui la constitue (...) La concurrence, c'est une essence. La concurrence c'est un eidos. La concurrence, c'est un principe de formalisation. La concurrence a une logique interne, elle a sa structure propre. Ses effets ne se produisent qu'à la condition que cette logique soit respectée»<sup>102</sup>.

Si la concurrence a une logique propre, il appartient alors de la faire fonctionner conformément à cette logique. Cette logique propre ne peut se mettre en place qu'avec le concours de l'État de manière à trouver un moyen de gouverner «pour le marché»<sup>103</sup>. En substance, la pensée ordolibérale s'affranchit du dogme du naturalisme du marché; elle en revient quasiment au libéralisme de Bentham dont la philosophie porte l'attention sur le pouvoir des fictions dans la direction de l'économie<sup>104</sup>. Les ordolibéraux, qui s'installent à l'université de Fribourg, forment d'abord un petit noyau autour de Walter Eucken. Outre des économistes, ce noyau comprend aussi des juristes: Böhm et Hanns Grossmann-Doerth. S'y ajoutent des sociologues et philosophes, Rüstow, Röpke, des juristes, Hallstein, puis d'autres économistes, Erhard, Müller-Armarck<sup>105</sup>.

---

<sup>99</sup> D. J. GERBER, «Constitutionalizing the economy: the German neo-liberalism, competition law and the «New Europe», *Am. Jour. Comp. Law*, 1994, vol.42, p.25.

<sup>100</sup> M. FOUCAULT, *Naissance de la Biopolitique, Cours au Collège de France, (1978-1979), op.cit*, p.88.

<sup>101</sup> M. FOUCAULT, *op.cit*, p.109.

<sup>102</sup> M. FOUCAULT, *op.cit*, p.124.

<sup>103</sup> M. FOUCAULT, *op.cit*, p.125. Bien que liés par un certain nombre d'idées fortes, les ordolibéraux divergent sur de nombreux points sur l'analyse des phénomènes économiques ou politiques. On peut distinguer principalement deux sous-courants: le premier est celui défendu par W.Eucken et F.Böhm; le second par Rüstow et Röpke. Le premier courant combine une approche à la fois juridique et économique; le second est plus porté vers une réflexion de type philosophique et sociologique sur l'économie libérale, v. S. RAZEEN, «Ordoliberalism and Social Market: classical political economy from Germany», in P. COMMUN (dir.), *L'ordolibéralisme, aux sources de l'économie sociale de marché, op.cit*, p.31-36.

<sup>104</sup> C. LAVAL, *Jeremy Bentham: les artifices du capitalisme*, PUF, 2003.

<sup>105</sup> P. COMMUN, «La conversion de L. Erhard à l'ordolibéralisme (1930-1950)», in P. COMMUN, *op.cit*, p.175-199.

## 2- La concurrence pour le marché

La notion d'*ordre économique* est au cœur de la pensée ordolibérale; pour ces derniers, la liberté politique se conjugue à la liberté économique au nombre des libertés fondamentales. Les ordolibéraux transposent le fonctionnement de la démocratie au système économique<sup>106</sup>: les acteurs économiques doivent être en mesure d'exercer leurs activités sans être dominés ou même empêchés par d'autres pouvoirs privés plus puissants. Eucken définit le processus concurrentiel par référence à un modèle de concurrence totale que traduit l'idéal de concurrence pure et parfaite. Les ordolibéraux posent, pour ce faire, un ensemble de conditions préalables dont font partie les règles de concurrence<sup>107</sup>. L'histoire a montré que le pouvoir politique ne devait pas être corrompu par l'influence de pouvoirs privés concurrents. Böhm estime que le système de Weimar, en ce qu'il n'a pu empêcher les entreprises de justifier juridiquement la constitution de cartels, a donné par la suite des arguments aux partisans du totalitarisme. Si les pouvoirs privés ont la capacité d'influencer les décisions du pouvoir politique, l'interventionnisme de l'État sur le marché est nécessairement remis en cause.

Dans cette optique, le droit de la concurrence doit faire en sorte de ne pas laisser prise au développement de pouvoirs privés puissants capables d'influer dans le sens de leurs intérêts, les décisions politiques. Dans le même temps, le droit de la concurrence doit assigner des bornes à une intervention trop prégnante de l'État sur le fonctionnement de la concurrence. Sceptiques tant vis-à-vis de l'État que du marché, les ordolibéraux se tournent vers le droit: la *constitution économique*, exprime un ensemble de normes desquelles découlent les principaux fondements du système économique<sup>108</sup>. Transcrits dans la constitution, les principes économiques sont censés garantir le fonctionnement de la

---

<sup>106</sup> J-L. CONSTANTINESCO, «La constitution économique de la République fédérale d'Allemagne», *Rev.éco*, 1980, n°2, vol.11, p.290.

<sup>107</sup> Eucken distingue la mise en place d'un système de prix libres, la primauté de la politique monétaire, le refus de toute intervention «discriminatoire» de l'Etat afin que la liberté du commerce soit garantie, la protection de la propriété privée, la liberté contractuelle et, enfin, la responsabilité juridique pouvant découler de la mise en application des principes de propriété, de liberté contractuelle: S. RAZEEN, «Ordoliberalism and Social Market: classical political economy from Germany», in P. COMMUN, *L'ordolibéralisme allemand, aux sources de l'économie sociale de marché*, *op.cit*, p.31-36.

<sup>108</sup> Sur le sens du terme «constitution économique»: J-L. CONSTANTINESCO, «La constitution économique de la République Fédérale allemande», *op.cit*, p.267-276. Eucken définit la constitution économique comme les éléments fondamentaux du fonctionnement d'un système économique donné. Ces éléments, une fois identifiés, doivent être transcrits dans des principes juridiques qui mettent en place les institutions adéquates au bon fonctionnement du système ainsi identifié. La Constitution doit garantir de fait les éléments fondamentaux du système économique. Sur les différents modèles d'Etat de droit: L. HEUSCHLING, *Rechtsstaat, rule of law, Etat de droit*, Etude comparative, Thèse Université Panthéon-Sorbone, 2000, p.128-131.

concurrence tel que l'envisagent les ordolibéraux. Le droit constitue le rempart qui assure la neutralité de l'État vis-à-vis du marché et qui protège l'État des influences du marché<sup>109</sup>.

La concurrence pure et parfaite sert, pour les ordolibéraux, de standard d'évaluation du comportement des pratiques d'entreprises. Aux règles fondamentales qui garantissent la stabilité monétaire, l'ouverture des marchés, la propriété privée, la liberté contractuelle, s'ajoutent les règles secondaires qui appliquent de façon concrète ces différents principes. La concurrence, en ce qu'elle est garante de l'ouverture des marchés et de la liberté contractuelle, fait en ce sens partie des règles fondamentales<sup>110</sup>. Il appartient à l'autorité judiciaire de vérifier, au regard de la constitution économique, si l'administration agit conformément aux règles fondamentales de la constitution économique. Encadrée par le droit, l'administration chargée d'appliquer le droit de la concurrence est une entité indépendante du pouvoir politique dont le pouvoir discrétionnaire doit être très encadré par le législateur<sup>111</sup>.

Au cœur de la politique de concurrence, le modèle de concurrence pure et parfaite constitue le standard d'appréciation par excellence des comportements d'entreprises<sup>112</sup>: le «*as if*» standard, c'est-à-dire, la situation dans laquelle l'entreprise aurait agi si elle ne se trouvait pas en situation de monopole, est utilisé pour apprécier la légalité d'un comportement sur le marché<sup>113</sup>. Par conséquent, tout paraît bien se tenir dans le système ordolibéral, du moins en théorie: la constitution économique détermine les institutions fondamentales nécessaires au fonctionnement du marché; grâce à l'objectivité des concepts économiques, le droit dérivé de cette constitution fourni à l'administration, les outils conceptuels nécessaires à la mise en œuvre d'une politique de concurrence censée garantir un fonctionnement atomistique de la concurrence. L'autorité judiciaire vérifie de son côté la bonne application de la loi, en se référant à la constitution économique. Ainsi, la pensée ordolibérale intègre-t-elle de plain-pied la problématique du lien entre pouvoirs économique et politique; elle met l'accent sur le lien entre le fonctionnement de la concurrence et la stabilité démocratique. Sur ce point, elle rejoint la théorie structuraliste.

---

<sup>109</sup> S. RAZEEN, «Ordoliberalism and Social Market: classical political economy from Germany», in P. COMMUN, *L'ordolibéralisme, aux sources de l'économie sociale de marché*, op.cit., p.31-36.

<sup>110</sup> D. J. GERBER, «Constitutionalizing the economy: the german neo-liberalism, competition law and the «New Europe», *Am. Jour. Comp. Law*, 1994, vol.32, p. 25-84.

<sup>111</sup> D. J. GERBER, op.cit., p.50

<sup>112</sup> D. J. GERBER, op.cit.

<sup>113</sup> D. J. GERBER, «Law and abuse of economic power in Europe», *Tul. L. Rev.*, vol. 62, p.57-104.

## b- La théorie structuraliste

On peut considérer à l'instar des ordolibéraux, que le droit de la concurrence doit avoir pour finalité de protéger le marché, ce qui passe par le contrôle des monopoles ou des structures de marché concentrées<sup>114</sup>. Cette manière de voir rejoint de beaucoup l'approche structuraliste en économie industrielle. La pensée structuraliste est intimement liée au contexte économique évoqué du *Sherman Act*<sup>115</sup>. Les revendications qui aboutissent au vote du *Sherman Act*, bouleversent sensiblement les bases de la démocratie américaine telle que définies par Georges ou Jefferson: «*Every man in business (...) has a right, a legal and moral right, to obtain a fair profit upon his business an his work; and if he is driven by fierce competition to a spot where his business is unremunerative, I believe it is his right to combine for the purpose of raising prices until they shall be fair and remunerative*»<sup>116</sup>. Lors des débats qui ont présidé l'adoption de règles en matière de concurrence, le sénateur Sherman affirmait que le pouvoir dont disposaient les trusts était une prérogative régaliennne «*incompatible avec notre forme de gouvernement*»<sup>117</sup>. La pensée structuraliste sera analysée, en ce que son scepticisme à l'égard des monopoles prend racine dans une certaine conception de la démocratie (1) qui, à l'instar des ordolibéraux, est hostile à la concentration du pouvoir économique (2).

### 1- Racines intellectuelles du structuralisme

S'ils inaugurent la naissance de l'économie industrielle, les travaux de Mason instaurent par la même occasion les baes de l'école structuraliste<sup>118</sup>. Trusts, Pool et Cartels sont soigneusement examinés par le département d'économie de l'université de Harvard «(...)

---

<sup>114</sup> N. GOLDSCHMIDT, «Alfred Müller-Armack et Ludwig Erhard: le libéralisme social de marché», in P. NEMO, J. PETITOT, *Histoire du libéralisme en Europe*, PUF, 2006, p.953-983.

<sup>115</sup> G. SOULE, *Qu'est-ce que l'économie politique?* Coll. «Nouveaux horizons», 1975.

<sup>116</sup> Sur cette question: R. PERITZ, *Competition Policy in America, History, Rhetoric, Law*, Oxford Univ Press, 1996.

<sup>117</sup> G. AMATO, *Antitrust and the Bounds of Power, The Dilemma of liberal democracy in the History of the Market*, Hart Publishing, Oxford, U. K, 1997, p.98.

<sup>118</sup> A. ALCOUFFE, «Histoire des faits industriels et histoire de l'économie industrielle», in R. ARENA, J. De BRANDT, L. BENZONI, *et.al, Traité d'économie industrielle*, Economica 1991, p.2-12; R. ARENA, «Structures industrielles et concentration économique: les antécédents historicistes et institutionnalistes de l'économie industrielle», in *Traité d'économie industrielle op.cit*, p.22-53; R. ARENA, «Structures industrielles et concentration économique: la naissance de l'économie industrielle à Harvard», in *Traité d'économie industrielle, op.cit*, p.55-65.

considéré comme le meilleur du pays durant les trente années qui précèdent la Seconde Guerre mondiale»<sup>119</sup>. L'influence de l'école de Harvard n'est pas qu'académique; elle s'exerce dans les cercles du pouvoir et à l'encontre de la jurisprudence de la Cour suprême. Avec les pragmatistes et les réalistes, l'école de Harvard critique le conservatisme de la jurisprudence et met l'accent sur ses conséquences économiques<sup>120</sup>.

Partant, l'école de Harvard s'adresse aux juges afin qu'ils restaurent l'équilibre entre intérêts antagonistes. Ces arguments progressistes s'éclairent à la lumière d'un certain idéal de la démocratie américaine qui s'exprime, en substance, à travers ces propos de Jefferson «*une société de producteurs autant que faire se peut égaux et indépendants les uns des autres, afin de pouvoir éviter l'inégalité de richesse et la disparité de puissance qui seraient susceptibles sans cela d'en résulter non seulement vis-à-vis des rapports entre individus, mais aussi dans les rapports avec le pouvoir politique lui-même, qui pourrait être corrompu tant par les abus des puissants que par les revendications redistributives de travailleurs dépendants*»<sup>121</sup>.

Ainsi que l'affirment encore Kaysen et Turner: «(...) *Les entreprises sont politiquement irresponsables et c'est la raison pour laquelle de puissantes entreprises sont dangereuses. Le pouvoir politique et social d'un propriétaire indépendant est la fondation de la démocratie; c'est la raison pour laquelle ce pouvoir à l'encontre de firmes organisées de façon bureaucratique doit être maintenu ou re-établi*»<sup>122</sup>. Théodore Roosevelt, considère en ce sens que l'égalité devant la loi s'entend de manière stricte: qu'elle s'adresse aux criminels ou aux entreprises; et c'est la raison pour laquelle il est hostile à la jurisprudence de la Cour suprême qui accorde beaucoup trop de dérogations en matière de restriction de concurrence<sup>123</sup>. Même s'il tarde à faire consensus, ce point de vue est un savant assemblage d'influences socialistes, de valeurs républicaines, basées sur l'égalité et la liberté qui aboutissent à faire de l'État l'arbitre des intérêts économiques<sup>124</sup>. Roosevelt et Taft estiment que le droit de la concurrence doit s'attacher à sanctionner tant les pratiques déloyales que

---

<sup>119</sup> R. ARENA, «Structures industrielles et concentration économique: la naissance de l'économie industrielle à Harvard», *op.cit.*, p.55.

<sup>120</sup> *Adkins et.al. v. Children Hospital* 261 US. 525 (1923); *Lochner v. New York*, 198 U.S (1905), en 1905, v. sur cette question: O. De SCHUTTER, «réalisme et ordoliberalen» *op.cit.*, p.6.

<sup>121</sup> G. AMATO, *Antitrust and the Bounds of Power*, *op.cit.*, p.97.

<sup>122</sup> C. KAYSEN, D. TURNER, *Antitrust Policy. An economics and legal analysis*, Harvard Univ Press, Cambridge, 1959, p.17-18; M. HORWITZ, «The legacy of 1776 Legal and economic thought», *JLE*, 1976, p.621-632; L. BRANDEIS, *The Curse of Bigness*, New York, Viking Press, 1934.

<sup>123</sup> M. J. SKLAR, *The Corporate reconstruction of American capitalism 1890-1916. The Market, the Law and Politics*, *op.cit.*, p.339-364.

<sup>124</sup> Par ex, A. THURMAN, *The Folklore of Capitalism*, New Haven, Yale Univ. Press, 1937; A. THURMAN, *The Bottlenecks of Business*, New York, Reynal & Hitchcock, 1940.



celles qui sont contraires à «l'intérêt public»<sup>125</sup>. À partir de ces idées, les structuralistes vont définir un fondement à la politique de concurrence.

## 2- L'idéal d'une concurrence égalitaire

En 1937, paraît dans le *Yale Law journal*, un article de Mason dans lequel il exprime son point de vue sur la jurisprudence en matière de droit antitrust. Mason note un décalage entre l'avancée de la connaissance économique sur le monopole et la jurisprudence. La science économique est en ce sens, susceptible, de fournir au juge des critères d'interprétation permettant de séparer les pratiques conformes au «*public interest*». Mason propose d'interpréter la catégorie juridique de *monopole* à la lumière des enseignements de l'économie industrielle. Cela a pour intérêt de mettre davantage l'accent «*sur les problèmes des firmes individuelles au lieu de ceux de l'industrie en général, sur la reconnaissance de l'impossibilité d'user du monopole comme un critère factuel d'évaluation de la politique publique, et sur la préoccupation grandissante de la nécessité de distinguer entre les situations de marché qui comportent des éléments monopolistiques*»<sup>126</sup>.

La catégorie de monopole est alors analysée à l'aune des théories de Chamberlin et celle de Means et Berle<sup>127</sup>. À la restriction de concurrence se substituerait le critère du contrôle de marché. Mason s'inspire d'une affaire rendue par la Cour suprême en 1915<sup>128</sup>, mettant en cause une entreprise fabricante de crème qui, sans lui faire subir de transformations, en commercialisait la vente sous l'appellation de «crème de froment». Pour Mason, la catégorie de restriction de concurrence utilisée par la Cour n'a pu déterminer clairement si la pratique en cause était de nature anticoncurrentielle. Une interprétation plus «concrète», commande de ne qualifier la pratique de restrictive, qu'à la condition que le produit crème de froment n'ait pas de substituts potentiels. Il importe de savoir en outre, si le

---

<sup>125</sup> M. J. SKLAR, *op.cit.*, p.364-430; R. HOFSTADTER, «What Happened to Antitrust Movement? Notes on the Evolution of American Creed», in E. CHEIT, *The Business Establishment*, New York, 1964, p.113-151; W. SHEPHERD, *Market Power and Economic Welfare*, New York, Random House, 1970.

<sup>126</sup> E. MASON, «Monopoly in Law and Economics», *Yale L. Jour*, 1937, vol. 47, p.34-49, in J. HIGH, W. GABLE, *A Century of the Sherman Act, american economic opinion, 1890-1990*, George Mason Univ. Press, 1992: «Some of the consequences of this trend have been the focusing of attention on the problems of individual firm rather than those of the industry, a recognition of the impossibility of using the fact of monopoly as a test of public policy, and a growing awareness of the necessity of making distinctions between markets situations all of wich have monoploy elements», p.27.

<sup>127</sup> A. BERLE, G. MEANS, *The Modern corporation and private property*, Transaction Publishers, 1991; R. ARENA, «Structures industrielles et concentration économique: la naissance de l'économie industrielle à Harvard», *op.cit.*, p.60-65.

<sup>128</sup> *Great Atlantic Pacific Tea Company v. Cream of Wheat Company*, 227 Fed.46 (1915)

vendeur a la possibilité d'influer sur le prix<sup>129</sup>. Selon Mason, la jurisprudence gagnerait à mieux prendre en compte la relation prix/coûts, les profits réalisés avant et après la pratique examinée, la part de marché, les discriminations réalisées ou encore l'existence de barrières à l'entrée<sup>130</sup>.

Ces quelques éclaircissements informent sur les bases conceptuelles dont s'inspirera la théorie structuraliste dans la construction du paradigme SCP<sup>131</sup>. Les apports de Mason et sa propension à prescrire des critères d'évaluation dans la qualification de pratiques anticoncurrentielles vont être repris par Bain durant la fin des années cinquante, à l'aune de la méthodologie néoclassique. L'apport de Bain est de montrer le lien entre la concentration et le taux de profit<sup>132</sup>. Par la suite, ses travaux vont être reformulés à l'aune du modèle de concurrence pure et parfaite par Sherman, Caves et Shepherd.

Le paradigme SCP, que définit l'école de Harvard, part du principe que, de la «structure» du marché, dépend la performance d'une entreprise: plus la structure du marché est concentrée et plus il y a de risques de comportements indépendants si l'on se réfère au modèle de concurrence pure et parfaite. Par conséquent, les entreprises ne seront pas performantes<sup>133</sup>. L'usage de la concurrence pure et parfaite a pour vertu de discipliner le comportement des entreprises: si le droit de la concurrence permet aux entreprises d'agir de manière indépendante, elles ne seront pas tentées de se comporter de façon inefficace. Inversement, l'entreprise qui n'est pas contrainte par la concurrence dispose d'un pouvoir de nuisance plus grand à l'égard de concurrents éventuels<sup>134</sup>. On retrouve cette méfiance à l'égard des monopoles dans les écrits de Means et Berle: «*Ces grandes entreprises ont (...) en raison de leur taille, la possibilité de s'affranchir en grande partie de la loi du marché. G.*

---

<sup>129</sup> E. MASON, «Monopoly in Law and Economics», *op.cit.*, p.27-28.

<sup>130</sup> E. MASON, «Monopoly in Law and Economics», *op.cit.*, p.33.

<sup>131</sup> E. MASON n'en étant pas l'initiateur. Sur ce point: R. ARENA, «Structures industrielles et concentration économiques», *op.cit.*, p.64.

<sup>132</sup> Quoi qu'il ne faille pas trop forcer la différence entre Bain et Mason: R. ARENA, «Approches théoriques et économiques de l'économie industrielle», in R. ARENA, J. De BRANDT, L. BENZONI, *et.al.*, *Traité d'économie industrielle*, *op.cit.*, p.96-123; J. BAIN, «Output quotas in imperfect cartels», *Quar. Jour. Eco.*, 1948, vol.62, p.617; J. BAIN, «Relation of profit rate to industry concentration: American Manufacturing, 1936-1940», *Quar. Jour. Eco.*, 1951, vol.65, p.293; J. BAIN, «The Conditions of entry and the public policy», in *Barriers to New Competition*, Cambridge Massachusetts, Harvard Univ Press, 1956, p.205-220; F. M. SCHERER, *Industrial Market Structure and economic performance*, Rand Mac Nally, 1980; W. SHEPHERD, *The economics of industrial organization*, Prentice Hall International, 1979; R. CAVES, «Industrial Organization, Corporate Strategy, and Structure», *JEL*, vol.18, 1980, p.64-92.

<sup>133</sup> C. KAYSEN, D. TURNER, *Antitrust Policy, an economic and legal analysis*, Harvard Univ Press, Cambridge, 1959.

<sup>134</sup> J. BAIN, «The Profit Rate as a measure of Monopoly Power», *Quar. Jour. Econ.*, vol.55, 1941, p.271-293; J. BAIN, *Barriers to New Competition: their Character and Consequences in American Manufacturing Industries*, Cambridge Harvard Univ Press, 1956; A. PHILLIPS, R. STEVENSON, «The historical developpement of industrial organization», *History of political economy*, vol.6, n°3, 1974, p.324-342.

*Means s'attacha, en effet, à démontrer que dans de nombreux secteurs de l'activité économique et plus spécifiquement dans ceux les plus concentrés, les grandes entreprises ont la possibilité «d'administrer» leur prix. De tels prix qui s'opposent donc à ceux fixés par le libre jeu de la loi de l'offre et de la demande sont établis en fonction de la logique de recherche de domination des grandes entreprises»<sup>135</sup>.*

Ce même scepticisme se rencontre aussi chez Schumpeter. L'entrepreneur qui innove se distingue soigneusement de la firme dont la gestion managériale s'assimile au fonctionnement d'une administration publique<sup>136</sup>. Le cœur de l'entreprise, de son développement et de son innovation, réside non pas dans son organisation institutionnelle, mais dans l'habileté de l'entrepreneur<sup>137</sup>. Il y a, derrière cette conception, une éthique des affaires qui magnifie l'idée d'un enrichissement par ses propres forces selon un idéal égalitaire. Le droit de la concurrence doit permettre cette rivalité à *armes égales*. Dans le cas où la concurrence ne peut se discipliner seule, l'État doit alors veiller à ce que les entreprises les plus puissantes n'abusent pas de leur pouvoir envers les plus modestes. C'est une question de stabilité démocratique dans le but de garantir à chacun le fruit de son labeur et de son initiative<sup>138</sup>. Tel est le sens du droit de la concurrence selon Kaysen, Turner, Adelman, Bishop ou Cavers. De là les concepts de «*barrière à l'entrée*», de «*marché pertinent*», de «*prix prédateurs*», «*d'effet de levier*», ainsi que la méfiance envers toute forme d'entente ou de concentration qu'elle soit horizontale ou verticale.

Pour les structuralistes de cette génération, la politique de concurrence doit poursuivre quatre objectifs: 1) promouvoir la croissance économique; 2) promouvoir la discipline concurrentielle; 3) décourager les comportements déloyaux; 4) exercer un contrôle étroit sur

---

<sup>135</sup> M. GLAIS, *Economie industrielle, les stratégies concurrentielles des firmes*, Litec, 1992, p.237-238.

<sup>136</sup> F. DANNEQUIN, «L'organisation contre le capitalisme. Le déclin de l'entreprise chez Schumpeter», *Innovations*, 2008, n°27, p.46-68.

<sup>137</sup> La prééminence d'organisations managériales sur celles d'entreprises traditionnelles provient, si l'on en croit Schumpeter, de la transformation de la société: «*Le progrès s'automatise en devenant impersonnel. La croissance, l'évolution ne reposent plus sur l'initiative individuelle et le leadership. La réponse adaptative s'étend donc et devient prégnante au sein de la grande firme. Mais, ce faisant, elle menace la survie de la firme et du système capitaliste. Ainsi, le progrès économique tend à se dépersonnaliser et à s'automatiser. Le travail des bureaux et des commissions tend à se substituer à l'action individuelle* ». *Les hommes d'affaires modernes adoptent une mentalité de fonctionnaire, de salarié doté d'une moindre volonté de lutter, de se battre à l'inverse des hommes qui exerçaient au plein sens des termes le droit de propriété et les responsabilités qu'il implique. Au sein de la firme, la séparation croissante des fonctions de propriétaire, de manager et d'entrepreneur, conjuguée à la bureaucratisation du monde contribuent à l'arrêt de la création, de l'innovation*», in F. DANNEQUIN, *op.cit.*, p.17.

<sup>138</sup> Cette représentation de la liberté n'est en rien différente de celle que propose A. Smith: un ensemble de petits producteurs indépendants concourant au bien-être général. De ce point de vue, le monopole, qu'il soit public ou privé est d'avance considéré comme nuisible parce qu'il entrave la liberté d'autres individus: P. NOLAN, «Adam Smith et les contradictions du libre marché», *Problèmes économiques*, n°2.876, p31-43; R. PFEFFERKORN, «Adam Smith, un libéralisme bien tempéré», *Problèmes économiques*, n°2.898, p.41-47.

les entreprises les plus grandes<sup>139</sup>. Le droit de la concurrence doit aussi s'attacher à promouvoir l'emploi, le progrès social ainsi qu'une distribution équitable des revenus<sup>140</sup>.

Comme Chicago ou l'école Ordolibérale, Harvard réaffirme sa croyance dans une science économique capable d'élaborer des critères d'appréciation indiscutables en matière d'évaluation des pratiques d'entreprises<sup>141</sup>. Cette croyance va prendre une ampleur d'autant plus grande sous l'influence de Chicago.

## B- Les paradigmes favorables au laisser-faire

On s'attardera d'abord sur l'influence de Chicago (a) et ensuite sur les théories autrichiennes (b).

### a- Le paradigme de Chicago

Si l'école de Chicago s'est illustrée par son opposition aux théories structuralistes, elle a puisé les ressources d'une telle ascendance tant dans l'usage rhétorique d'une grammaire néoclassique que dans l'influence des théories autrichiennes. Les deux écoles se sont ligüées, à partir des années cinquante, contre le paradigme de Harvard alors dominant au sein des autorités antitrust. La réfutation de ce dernier paradigme (1) s'est accompagnée d'une réification de l'efficacité comme fondement de la politique de concurrence (2).

### 1- La réfutation du paradigme SCP

Si l'on en croit Samuels, le néolibéralisme de Chicago s'identifie par trois aspects: 1) l'efficacité du marché libre comme la meilleure forme d'organisation sociale des ressources dans la société<sup>142</sup>; 2) le scepticisme de l'école vis-à-vis de l'intervention de l'administration

---

<sup>139</sup> C. KAYSSEN, D. TURNER, *op.cit*, p.11.

<sup>140</sup> C. KAYSSEN, D. TURNER, *op.cit*, p.12.

<sup>141</sup> M. A. EISNER, *Antitrust and the triumph of economics: Institutions, expertise and policy*, Univ of North Carolina Press, 1991.

<sup>142</sup> Le concept d'efficacité se décline en trois variantes: l'efficacité allocative, productive et dynamique. L'efficacité allocative est définie comme telle «lorsque chaque ressource est orientée vers grâce au mécanisme des prix vers son usage le plus valorisé». L'efficacité productive traduit le fait que les méthodes de production le soient à moindre coût. Quant à l'efficacité dite dynamique, elle rend compte du processus d'innovation. En ce sens: J-P. CENTI, «Quel critère d'efficacité pour l'analyse économique du droit?», *RRJ*, 1987/2, p.455-476; A-L. SIBONY, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, 2008, p.89-90. La définition de l'efficacité selon Chicago emprunte autant aux trois formes d'efficacité tout en mettant l'accent, en droit de la concurrence, sur le coût de productivité des entreprises engendrant des prix bas pour le consommateur.

en matière de politique concurrentielle; 3) sa propension à appréhender les phénomènes sociaux, y compris le droit et la politique, au travers d'une grammaire néoclassique<sup>143</sup>. Ce socle de valeurs est à la base de la vulgarisation des concepts d'efficacité, de théorie de l'entreprise défaillante, du test de récupération des coûts, etc.<sup>144</sup> Ce qui pousse ce courant vers le droit, c'est d'abord la tradition interdisciplinaire qui l'anime depuis Veblen, Viner, Knight ou Simons<sup>145</sup>. Il est bien connu que le droit antitrust a constitué la tête de pont de l'analyse économique du droit dans le champ de la doctrine juridique<sup>146</sup>.

Director initie, dans le cadre de son cours d'analyse économique des politiques publiques à l'université de Chicago, un programme de recherche dans le but de réfuter la politique antitrust d'inspiration structuraliste<sup>147</sup>. Caractéristique de cette domination, c'est, à l'époque, un juriste, titulaire d'un doctorat en économie, Donald Turner, qui est à la tête de la division antitrust du *Department of Justice*. Turner est à l'initiative d'une politique antitrust interventionniste axée sur la déconcentration du marché et la protection des petites entreprises.

---

<sup>143</sup> W. SAMUELS, *The Chicago School of political economy*, Transaction Publishers, 1993, *op.cit.*, p.8-13.

<sup>144</sup> Par ex, O. WILLIAMSON, «Economies as an antitrust defence: the Welfare tradeoff», *Am. Eco. Rev.*, 1968, p.18; H. DEMSETZ, *The Market Concentration doctrine: An examination of Evidence and Discussion of Policy*, Washington D.C, AEIPR (American Enterprise Institute for Policy Research), 1973; K. ELZINGA, «The goal of antitrust other than competition and efficiency, what else counts?», *Pennsylvania Law Review*, 1977, p.1191-1213; R. POSNER, «The ethical and political basis of efficiency norm in Common Law adjudication» *Hofstra Law Review*, 1979-1980, p.487; Y. BROZEN, *Is Government Source of Monopoly? And Others Essays*, San Francisco, Cato Institute, 1980; F. EASTERBROOK, «Workable Antitrust Policy», *Mich. L. Rev.*, vol.84, 1986, p.1696.

<sup>145</sup> Pour un exemple de cette tradition: C. SUNSTEIN, *Free Markets and social justice*, Oxford Univ Press, 1997; D. McCLOSKEY, *The Rhetoric of economics*, University of Wisconsin Press, 1998 ou, plus récemment, R. POSNER, *How Judges Think*, Harvard Univ Press, 2008. Dès sa fondation par J. Rockefeller en 1892, l'université de Chicago accueillait les premiers penseurs institutionnalistes américains: T. Veblen, W. Mitchell, J-M Clark. On était alors bien loin du paradigme néolibéral actuel. L'orientation de la pensée était clairement d'inspiration critique et interdisciplinaire. Les années vingt laissaient cependant place à une seconde génération de penseurs hostiles cette fois-ci à la pensée institutionnaliste. Il s'agissait notamment de F. Knight, J. Viner et H. Simons. Ces derniers se rapprochent déjà plus du paradigme néolibéral contemporain avec cependant, des différences axiologiques dans la façon d'envisager le rapport marché/État. Cette deuxième génération de penseurs diffère néanmoins de celle incarnée par M. Friedman, G. Stigler, A. Director ou G. Becker, tant par la méthodologie adoptée que par certaines prises de positions idéologiques. Par ex, F. Knight, s'il défend le laissez-faire n'en remarque pas moins que le marché et le concept «d'utilité» sont intimement liés à des problématiques éthiques, de même que le marché n'a pas pour but de satisfaire uniquement les besoins individuels: il en crée lui-même des nouveaux: F. KNIGHT, *The Ethics of competition*, Transaction publishers, 1997. Les travaux d'un Henry Simons sont bien connus en économie monétaire; ils le sont moins en matière de droit de la concurrence où l'auteur défend rigoureusement une approche interventionniste, plus proche des théories structuralistes que du paradigme néolibéral défendu par Director. Simons est même très attaché au démantèlement des monopoles ou, lorsque cela est nécessaire, à la nationalisation de certaines infrastructures ou encore à une intervention forte des pouvoirs publics contre la publicité qui, selon lui, constitue une barrière à l'entrée indéniable. Une lutte contre la concentration économique privée (qu'il s'agisse d'entreprise ou de syndicat) est pour lui indispensable au risque de sombrer dans un régime totalitaire: H. SIMONS, *Positive Program for Laissez Faire: Some Proposal for a Liberal Economic Policy*. Public Policy Pamphlet, n°15, Univ Chicago Press, 1934.

<sup>146</sup> S. FERREY, *Une Histoire de l'analyse économique du droit. Calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruylant, 2008.

<sup>147</sup> Le cours d'analyse économique des politiques publiques était auparavant assuré par H. Simons: C. Le BERRE, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Thèse, Université Paris X, 2006, p.601.

En contrepoint de cette politique, Director crée une tribune alternative à travers le *Journal of Law and Economics*. Y sont abordés nombre de thèmes sur le droit antitrust et, plus généralement, sur le rôle de l'État. Director est bientôt rejoint dans sa posture critique par Stigler, Brozen, Demestez, Westpon, Posner, Bork, Easterbrook. Bien que certains aient été partisans de la théorie structuraliste, ils sont bientôt séduits par le néolibéralisme de Director. À travers le courant *Law and Economics* qui se sert du réalisme pour stigmatiser les raisonnements traditionnels des juristes<sup>148</sup>, ces auteurs réfutent l'interventionnisme de l'État ou des autorités antitrust dans le jeu de la concurrence. Ils affirment qu'un tel interventionnisme doit s'établir sur des bases «scientifiques» entendues par référence aux théories économiques qu'ils développent<sup>149</sup>.

Si l'on admet ces prémisses, tout comportement et toute règle de droit doivent systématiquement s'évaluer à l'aune de l'efficacité. Pour ce faire, l'entreprise est présumée agir *comme si* elle était rationnelle<sup>150</sup>. À partir de là, si l'entreprise cherche à maximiser son utilité, Director estime que de nombreux comportements considérés comme illégaux par les structuralistes ne le seraient pas au regard de l'*analyse économique* de Chicago. La théorie des prix prédateurs développée par Areeda et Turner<sup>151</sup> est, sous ce rapport, irréaliste: aucune entreprise ne maximise son utilité en vendant à des prix bas dans le but d'évincer d'éventuels concurrents; du point de vue de la rationalité des agents, cela n'a pas de sens. Un entrepreneur qui se risque à pratiquer des prix prédateurs s'expose à perdre non seulement de l'argent, mais aussi des parts de marché dans la mesure où d'autres concurrents éventuels sont susceptibles de s'installer sur le segment délaissé. Director en conclut que, sauf à démontrer la possibilité pour l'entreprise de récupérer ses pertes, la pratique des prix prédateurs n'est pas pertinente du point de vue de l'*analyse économique*<sup>152</sup>. Dans le même ordre d'idée, Posner montre que l'on ne peut incriminer *a priori* un comportement unilatéral. Il faut, ici encore, s'assurer que de tels comportements sont inefficients, c'est-à-dire ne bénéficient pas aux consommateurs. Une telle objection conduit à lever le soupçon sur nombre de comportements jugés illégaux par les structuralistes: clauses anticoncurrentielles, refus d'approvisionnement, etc. Elle implique aussi pour chaque pratique, la démonstration économique de ses «effets».

---

<sup>148</sup> On se reportera sur ce point à l'article de S. PELTZMAN, «Aaron Director's influence on Antitrust Policy», *JLE*, 2005, vol.48, p.313-330; v. aussi: A. DIRECTOR, E. LEVI, «Law and the Future: Trade Regulation», *Northwestern University Law Review*, vol.51, 1956, p.281-296.

<sup>149</sup> R. BORK, W. S. BOWMAN, «The crisis in antitrust», *Coml. L. Rev.*, vol.65, n°3, 1965, p.363-376.

<sup>150</sup> Rationalité s'entend ici au sens de rationalité substantielle.

<sup>151</sup> P. AREEDA, D. TURNER, «Predatory pricing and related practice under Section 2 of Sherman Act», *Harv. L. Rev.*, vo.88, n°4, 1975, p.697-733.

<sup>152</sup> R. POSNER, «The Chicago school of antitrust analysis», *Univ. Pennsylvania L. Rev.*, 1979, vol.27, p.925.

La critique de Chicago est d'autant plus séduisante qu'elle place la charge de la preuve des comportements anticoncurrentiels sur les structuralistes: si, dans chaque cas il existe une corrélation entre la structure du marché et la performance de l'entreprise, alors on peut considérer les arguments structuralistes comme probants. Mais dès l'instant où il s'avère que la structure du marché n'explique pas toujours le comportement examiné, le doute doit être la règle. Chicago estime, à l'inverse de Harvard, que ce n'est pas la structure qui détermine la performance, mais bien le contraire<sup>153</sup>. L'acquisition d'une entreprise concurrente et le renforcement de son pouvoir de marché doivent en conséquence s'expliquer par la plus grande compétitivité de l'acquéreur<sup>154</sup>.

Ces réfutations successives remettent en cause les bases profondes de la domination structuraliste<sup>155</sup>. Comme le rappelle D. SPECTOR: «(...) les tenants de cette critique ont surtout relevé que certaines des pratiques dénoncées comme anticoncurrentielles lorsqu'elles sont le fait d'entreprises détenant une part de marché élevée (comme les ventes liées ou les rabais de fidélité) sont aussi mises en œuvre, souvent, par des petites entreprises intervenant sur des marchés très concurrentiels. Dans ces cas, elles ne peuvent à l'évidence pas s'interpréter comme des éléments d'une stratégie de monopolisation, et relèvent sans doute d'explications proconcurrentielles, même si la théorie économique n'est pas toujours en mesure d'identifier avec précision le mécanisme en jeu»<sup>156</sup>.

On peut d'ores et déjà remarquer que le scepticisme de Chicago envers les arguments structuralistes n'est établi qu'à l'encontre de toute forme d'interventionnisme<sup>157</sup>. Si ce courant observe, à juste titre, qu'un pouvoir de monopole ne nuit pas systématiquement à la

---

<sup>153</sup> Brozen montre, par exemple, qu'un marché concentré peut aussi n'être que la conséquence de la performance d'une entreprise, v. Y. BROZEN, «Bain's Concentration and Rates of Return Revisited», *JLE*, vol.13, 1970, p.11-16; Y. BROZEN, «Concentration and profits: does concentration matter?», 1974, *op.cit.*

<sup>154</sup> M. GLAIS, *Economie industrielle, les stratégies concurrentielles des firmes*, Litec, 1992. Posner illustre ce point de vue par un exemple: supposons que, pour pénétrer un marché, il coûte à un entrepreneur X près de 10.000.000 pour construire une petite usine rentable. La théorie de Harvard considèrera ce coût de l'entrepreneur X comme une «barrière à l'entrée» parce que les entreprises déjà présentes sur ledit marché n'ont pas à y faire face. Mais, supposons que des entreprises déjà en place depuis 10 ans sur ledit marché remboursent 1.000.000 par année pour le prêt des usines qu'elles ont acquies. On peut alors considérer que ces entreprises déjà présentes sur ledit marché auront à payer la même somme lorsqu'elles auront à remplacer leurs usines respectives (sachant que l'usine à une durée de vie de 10 ans). Pour un point de vue similaire: H. DEMSETZ, «Barriers to entry», *Am.Eco.Rev.*, vol.72, n°1, 1982, p.47-57.

<sup>155</sup> Y. BROZEN, *Concentration, Merger and Public policy*, New York, Mac Millan, 1982; Y. BROZEN, «Concentration and profits: does concentration Matter?», *Antitrust. Bull.*, vol.19, 1974, p.381-392; Y. BROZEN, «No... the Concentration-Collusion doctrine», in E. FOX, J. HALVERSON, *Industrial Concentration and the Market System: Legal, Economics, Social, and Political Consequences*, Chicago, American Bar Association, 1979; H. DEMSETZ, *Efficiency, competition and policy*, Oxford, Basil, Blackwell, 1989.

<sup>156</sup> D. SPECTOR, «Analyse économique et sécurité juridique: entre règles per se et règles de raison», in D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Les politiques de la concurrence, Rapport CAE*, La Documentation Française, 2006, p.273-274.

<sup>157</sup> W. SAMUELS, *The Chicago School of Political Economy*, *op.cit.*, p.295-296.

concurrence, à l'inverse il n'établit pas lui-même avec certitude qu'un monopole serait tenté de ne pas abuser de son pouvoir de marché<sup>158</sup>. Chicago réussit au travers ces différents arguments critiques, à isoler le débat sur le monopole de toute considération politique, pour le ramener à un simple débat technique en apparence<sup>159</sup>. De même, le scepticisme de ce courant a pour conséquence de renforcer, d'un point de vue juridique, la charge de la preuve sur les autorités de la concurrence<sup>160</sup>. Mais le tour de force de la critique de Chicago est surtout d'avoir fait passer le paradigme de l'efficacité comme étant au service du consommateur. Efficacité étant ici synonyme de prix bas.

## 2- L'efficacité au fondement de la légitimité de la norme concurrentielle

L'école de Chicago assigne à la concurrence un but précis: celui de l'efficacité. Décrit de façon schématique, le concept d'efficacité correspond d'une part au modèle d'efficacité allocative et productive d'autre part<sup>161</sup>. En conséquence, la politique de concurrence doit éliminer tout obstacle à l'efficacité productive: ce qui revient à interdire uniquement les ententes horizontales; elle doit faire aussi en sorte que le consommateur puisse bénéficier de prix bas par référence au modèle d'efficacité allocative. On remarque, à partir de ces prémisses, que le problème politique qu'est susceptible de poser le monopole est soigneusement écarté. Tout le raisonnement est fondé sur le postulat que le marché libre

---

<sup>158</sup> D. SPECTOR, *op.cit.* Si Chicago parvient à de tels résultats, c'est parce que les modèles utilisés réinterprètent ceux des structuralistes à l'aune d'un facteur de temporalité plus long. Selon ce Chicago, on ne peut s'attacher à mesurer la relation entre taux de profit et taux de concentration sur le court terme. Le faire conduit indéniablement à constater que, dans la majorité des cas, les entreprises adoptent des comportements anticoncurrentiels. Il convient alors, conformément à la théorie économique Schumpétérienne, de lire l'évolution du processus concurrentiel sur le long terme. Cette nouvelle lecture permet désormais de ne plus appréhender les comportements d'entreprises là où la probabilité d'un risque de pratique anticoncurrentielle s'avère la plus grande. En paramétrant à partir de prémisses inspirées de la théorie autrichienne les modèles qu'elle avance, l'école de Chicago adopte de nouveaux postulats sur le fonctionnement du marché et les valeurs qu'il implique désormais. Les conséquences normatives sont ici encore importantes puisque derrière ces aspects de temporalité, c'est l'évaluation de la pratique elle-même qui est en jeu. Une analyse d'un comportement d'entreprise sur le long terme est, en ce sens, plus à même de justifier d'un abus de position dominante que sur le court terme: M. GLAIS, *Economie industrielle, les stratégies concurrentielles des firmes, op.cit.*, p.248; R. POSNER, *Antitrust Law: An Economic perspective*, Univ Chicago Press, 1976.

<sup>159</sup> Encore qu'à partir du moment où la théorie n'a été vérifiée que dans des cas particuliers (par exemple le secteur aérien pour le concept de «marché contestable» de W. Baumol) il est difficile d'en faire une généralité. Pour un point de vue critique: W. SHEPHERD, «Contestability» versus. Competition», *Am. Econ. Rev.*, vol.74, n°4, 1984, p.572-587.

<sup>160</sup> W. BAUMOL, J. ORDORVER, «Use of antitrust to subvert competition», *JLE*, vol. 28, 1985, p.247-265; R. POSNER, «The Federal Trade Commission», *U. Cal. L. Rev.*, vol.37, n°1,1967, p.47-89; R. POSNER, «A program for Antitrust Division», *U. Cal. L. Rev.*, vol.38, 1971, p.500-536; R. TOLLISON, «Public Choice and antitrust», *The Cato Journal*, vol.4, n°3, 1985, p.905-932.

<sup>161</sup> R. BORK, *The antitrust Paradox, A policy at war with itself*, The Free Press, 1978, p.90-115; H. LEPAGE, «L'école de Chicago et la concurrence», *RCC*, n°14, 1981, p.3-8; R. BORK, W.S. BOWMAN, «The Goal of antitrust: a dialogue on policy», *Columbia L. Rev.*, 1965, p.365.



constitue, par rapport à l'État, une meilleure organisation sociale en matière de distribution des ressources<sup>162</sup>.

Si l'on suit un tel raisonnement, la politique de concurrence se réduit au contrôle des ententes et des concentrations horizontales. Tout autre type de comportement doit être présumé légal, sous réserve d'apporter la preuve contraire au regard de l'effet anticoncurrentiel de la pratique examinée<sup>163</sup>. L'efficacité comme fondement de la politique de concurrence implique aussi que toute considération relative à la redistribution des richesses soit systématiquement évacuée par le juge ou l'autorité de la concurrence lorsqu'ils interprètent les normes.

Par un sophisme peu convaincant, Chicago estime qu'il s'agit là de considérations éthiques qui n'ont rien à voir avec une politique de concurrence fondée sur des bases «scientifiques». Sur ce point réside précisément le talon d'Achille de ce paradigme, lequel trahit le penchant pour le dogme naturaliste du fonctionnement du marché. Afin de démontrer que le droit antitrust doit s'attacher à poursuivre l'efficacité, Chicago se livre à un travail de réinterprétation des dispositions du *Sherman Act*<sup>164</sup>. Elle déduit des débats législatifs que l'intention était de protéger le bien-être du consommateur. Cet argument lui permet de décentrer la finalité de la politique de concurrence de la protection du marché vers le consommateur<sup>165</sup>.

D'aucuns dénoncent pourtant un tel réductionnisme, considérant que le droit de la concurrence doit assumer d'autres finalités politiques que celles de l'efficacité. Même si l'on admet ce dernier paradigme, encore faut-il le discuter de façon démocratique, sans réduire le

---

<sup>162</sup> E. BAILEY, «Contestability and the design of regulatory and antitrust policy», *Am.Eco.Rev.*, vol.71, 1981, p.178-183; W. BAUMOL, «Contestable markets: an uprising in the theory of industry structure», *Am.Eco.Rev.*, vol.72, 1982, p.1-15.

<sup>163</sup> H. DEMSETZ, «Why regulate Utilities», *JLE*, vol. XI, 1968, p. 55-65; H. DEMSETZ, «Economics guide for antitrust regulation», *JLE*, vol.XIX, 1976, p.371-383; S. PELTZMAN, «The Gains and losses from industrial Concentration», *JLE*, vol.XX, 1977, p.229-263.

<sup>164</sup> R. BORK, «The Historical foundations of Antitrust Policy, The goal of Antitrust: the Intention of Congress», in *The Antitrust Paradox, op.cit.*, p.15-71; G. STIGLER, «The origin of Sherman Act», *Jour. Legal. Studies*, vol.14, 1985, p.1-12.

<sup>165</sup> On remarquera que des arguments du même ordre sont utilisés devant les juges: CJCE, 15 mars.2007, *British Airways / Commission*, C-95/04 P, Rec. I-223; TPI, 25 oct.2002, *Tetra Laval BV c/ Commission*, aff.T-5/02, Rec. p.II-4381; TPICE, 6 juin.2002, *Airtours c/ Commission*, aff. T-342/99, Rec. p. II-2592; TPICE, 13 juil.2006, *Impala c/ Commission*, aff. T-464/04; CJCE, 10 juil.2008, *Impala c/ Commission*, aff. C-413/06 P, Rec. 2008, concl J. Kokott, présentées le 13 dec.2007; Cass.com, *opérateurs de téléphonie mobile*, 29 juin.2007, n° 07-10.303; 07-10.354; 07-10.397; Cass.com, 6 dec.2005, *Sté des caves et producteurs réunis de Roquefort réunis/MEFI*; Cass.com, 26 juin.2007, n° 05-21.378. Pour une discussion de l'approche par "l'effet": T. EILMANBERGER, «How to distinguish Good from Bad competition under article 82: In search of more coherent standards of anticompetitive abuses?», *CMLR*, 2005, p.129-177; E. ROUSSEVA, «The Concept of "Objective Justification" of an abuse of a dominant position: can it help to modernise the analysis under article 82 EC?» *Comp. L. Rev.*, 2006, n°2, p.27-72.

débat à une question d'experts<sup>166</sup>. En effet, rien ne démontre que l'efficiencia soit une valeur politique supérieure à celles qui lui sont concurrentes<sup>167</sup>. Partant, il faut admettre qu'entre les valeurs d'efficiencia, d'efficacité, de loyauté des échanges, de progrès économique et social, il existe un relativisme qui ne peut se décider que si l'on déplace le débat sur le terrain éthique et, d'autre part, qu'il existe des divergences politiques profondes sur le sujet<sup>168</sup>. Rowe estime à cet égard que le point de vue des économistes n'est pas plus légitime qu'un autre<sup>169</sup>.

En ce sens, différente est l'approche autrichienne: si, comme Chicago, elle penche vers un certain naturalisme du fonctionnement de la concurrence, elle admet que les fondements d'une telle politique doivent être discutés de façon démocratique. Bien que radicale, la théorie autrichienne assume pleinement les conséquences du dogme naturaliste; partant, elle s'attaque à la légitimité même du droit de la concurrence et rejette le prétendu positivisme lié à l'*analyse économique* derrière lequel se cache Chicago.

#### b- Le paradigme autrichien

La pensée à laquelle nous faisons ici référence est celle du courant austro-américain. Il existe, en effet, au sein du courant autrichien, différentes approches: les positions de Menger, représentant la première génération, n'ont rien de commun à celles de Hayek ou Rohtbard<sup>170</sup>.

---

<sup>166</sup> M. A. EISNER, *Antitrust and the triumph of economics: Institutions, expertise and policy*, Univ of North Carolina Press, 1991; H. HOVENKAMP, «Chicago and its alternatives», *Duke Law Journal*, 1986, vol.1014, p.1-16; H. HOVENKAMP, «Rhetoric and Skepticism in antitrust argument», *Mich. L. Rev.*, 1986, n°84, p.1721-1730; L. A. SULLIVAN, «Economics and more Humanistic disciplines: what are the sources of wisdom for antitrust?», *Univ. Pennsylvania. L. Rev.*, n°6, 1977, p.1214-1243. Une autre critique, généralement adressée à Chicago, porte sur le manque de réalisme de ses propositions. A l'instar des reproches qu'elle adresse à la théorie de Harvard quant à son manque de «réalisme», Chicago se voit opposé une critique similaire. Nous avons fait remarquer qu'A. Director s'est attaqué aux thèses de l'école de Harvard, notamment en matière de prix prédateurs. L'auteur soutenait que l'existence d'une telle pratique ne pouvait être que très rare du moment où l'on envisageait le comportement d'une entreprise à l'aune du modèle de rationalité instrumentale. Or il reste difficile de comprendre comment d'un côté l'école de Chicago puisse prendre position en faveur d'un modèle de concurrence plus «réaliste» et, d'un autre côté, qu'elle continue à utiliser les prémisses «irréelles» du modèle de concurrence pure et parfaite qu'elle critique. Si la concurrence n'est pas parfaite, c'est bien que les entreprises ne sont pas absolument rationnelles et, par conséquent, que leur «intérêts» ne passent pas toujours par la maximisation systématique du profit. Cela suppose alors d'interpréter leur comportement différemment, ce qui pourrait inclure par exemple qu'une entreprise ait intérêt de supprimer ses concurrents potentiels sur le marché. Ce qui suppose aussi de considérer que les grandes firmes puissent se transformer, sur le modèle des administrations, en lieux de pouvoirs. En voulant s'inspirer des théories autrichiennes notamment, de la théorie Schumpetérienne, l'école de Chicago n'en tire donc pas tous les enseignements méthodologiques. Mais peut-être serait-il plus juste de dire qu'elle en instrumentalise les enseignements pour rendre inopérante un point de vue au travers d'une méthodologie dont elle continue à se servir par ailleurs.

<sup>167</sup> F. M. ROWE, «The decline of antitrust and the disillusion of models: The Faustian pact of law and economics», *Georgetown L. Jour.*, vol.72, 1984, p.1511-1569.

<sup>168</sup> E. FOX, «Consumer Beware Chicago», *Mich. L. Rev.*, vol. 84, 1986, 1714-1720.

<sup>169</sup> F. ROWE, «The Decline of antitrust and the disillusion of model: the faustian pact of Law and Economics», *op.cit.*

<sup>170</sup> G. CAMPAGNOLO, *C. Menger, entre Aristote et Hayek*, CNRS éd. 2008.

On pourrait en dire autant de Böhm-Bawerk, Von Wieser, voire des austro-marxistes tels Hilferding<sup>171</sup>. Comme l'affirme Dostaler «*On lit parfois que l'école autrichienne (...) se distinguerait des autres courants par son libéralisme radical. C'est une erreur. Le libéralisme radical sera le fait de membres d'une génération ultérieure de l'école, et plus particulièrement de ce que l'on appelle aujourd'hui l'école néo-autrichienne*»<sup>172</sup>. Le néolibéralisme radical des autrichiens s'illustre avec la génération de Mises, Hayek, Machlup et Rohtbard; c'est de lui que traitent les développements qui suivent. Les autrichiens occupent, dans la littérature sur le droit de la concurrence, une place marginale, mais non moins influente. Ils se fondent sur une ontologie radicale (1) pour rejeter tout corpus normatif en matière de concurrence (2).

### 1- Le radicalisme philosophique autrichien

Chez les autrichiens, la concurrence est pensée par référence à un modèle évolutionniste<sup>173</sup>. Hayek conçoit par exemple la concurrence, et plus largement la société comme un processus de «découverte»<sup>174</sup>. Cette ontologie qu'il applique aussi à son concept de «droit», n'est d'ailleurs pas très éloignée de celle d'auteurs comme Ehrlich, pour qui la tâche du juge ne consiste qu'à découvrir le droit dans une société qui lui préexiste<sup>175</sup>. Société et marché sont, dans ce cadre de pensée, synonymes. À la base de ce présupposé, il y a, chez Hayek, une épistémologie qui sous-tend la façon de concevoir ce qu'il appelle la «connaissance». En effet, la raison humaine est davantage fondée sur l'expérience que sur une connaissance exclusivement rationnelle. Comme l'affirme V. Valentin «*L'esprit ne se construit pas selon des déductions logiques, mais se construit sur la base d'impressions au service desquelles se trouve la raison*»<sup>176</sup>.

---

<sup>171</sup> La pensée économique autrichienne a aussi compris en son sein le courant austromarxiste qui voit le jour en même temps que de nombreux autres courants de sciences sociales notamment le cercle de Vienne. Il s'agit notamment de R. Hilferding, O. Bauer, K. Renner, M. Adler. Sur cette question: S. LONGUET, «Les économistes autrichiens (1870-1940)», *Cah.d'éco.polt*, n°51, 2006, p.7-25; G. DOSTALER, «L'école autrichienne dans le panorama de la pensée économique», *Cah.d'éco.polt*, n°51, 2006, p.34.

<sup>172</sup> G. DOSTALER, *op.cit*, p.35.

<sup>173</sup> V. VALENTIN, *Les conceptions néolibérales du droit*, *Economica*, 2002, p.43-99; J. BIRNER, «La place de Sensory Order dans l'œuvre de F.A Hayek», *Cah.d'éco.polt*, n°51, 2006, p.109-138.

<sup>174</sup> S. VEZZOSO, «Une perspective économique évolutionniste à l'égard des restrictions verticales», *RIDE*, 2008, p.315-333. Sur l'usage de la métaphore évolutionniste dans la pensée économique: M. PELLISSIER, «Une évaluation épistémologique de l'économie biologique chez Alfred Marshall», *Cah.d'éco.polt*, n°42, 2001, p.7-27.

<sup>175</sup> Sur ce point: SERVERIN, *Sociologie du droit*, La découverte, *op.cit*, p. 20-21.

<sup>176</sup> V. VALENTIN, *Les conceptions néo-libérales du droit*, *Economica*, 2002, p.46-47.

À partir de l'empirisme critique de Hume, Hayek s'attaque au rationalisme cartésien. Ainsi, nos modes de raisonnements sont-ils tributaires de nos expériences empiriques, entendues comme des habitudes; le savoir et la connaissance d'un individu ne se construisent qu'à partir d'expériences successives lesquelles sont acquises soit par l'intermédiaire de la «tradition», soit par l'intermédiaire de «règles sociales»<sup>177</sup>. À partir de là, Hayek sépare le rationalisme cartésien d'une philosophie qui tient davantage compte de l'adaptation progressive des individus à leur environnement. L'ontologie rationaliste est alors rejetée au profit d'une ontologie qui pense l'évolution de la connaissance et de la formation de la société comme une lente accumulation de «règles» et de «traditions». Ce point de vue implique de considérer des phénomènes aussi complexes que le droit ou la concurrence selon un modèle de type évolutionniste.

De tels phénomènes complexes ne peuvent, selon Hayek, être organisés ou susceptibles de l'être<sup>178</sup>; ils sont spontanés et n'ont pas de finalité préétablie parce qu'ils impliquent, pour les agents, un processus progressif de découverte. Cette lecture conduit Hayek à défendre, à partir d'un *apriorisme* radical, l'idée que la concurrence est un ordre spontané et qu'elle ne peut en conséquence pas être soumise à des règles<sup>179</sup>. De là, Hayek déduit la supériorité des ordres spontanés sur les ordres construits (État). Et c'est à partir de telles prémisses que les austro-américains réfutent le modèle de rationalité utilisé par Chicago<sup>180</sup>.

---

<sup>177</sup> V. VALENTIN, *Les conceptions néo-libérales du droit*, op.cit, p. 56-58.

<sup>178</sup> «Organisé» signifie, dans la théorie hayekienne, un mode de construction voulu, pensé, rationalisé.

<sup>179</sup> Cette méthode est encore appelée praxéologie. Elle consiste à déduire du présupposé selon lequel notre entendement connaît intuitivement que nous agissons selon des actions individuelles en fonction de fins que nous définissons par nous-mêmes. Puisque cet axiome est fondé sur une certaine vérité empirique et, on suppose, (intersubjectivement partagé rationnellement), les autrichiens en déduisent que de lui peut dépendre un enchaînement de déductions possibles qui aboutit à l'évidence du marché libre. Von Mises définit la praxéologie en ces termes: «*La praxéologie traite de l'action humaine en tant que telle, d'une façon universelle et générale. Elle ne traite ni des conditions particulières de l'environnement dans lequel l'homme agit ni du contenu concret des évaluations qui dirigent ses actions. Pour la praxéologie, les données sont les caractéristiques psychologiques et physiques des hommes agissants, leurs désirs et leurs jugements de valeur, et les théories, doctrines, et idéologies qu'ils développent pour s'adapter de façon intentionnelle aux conditions de leur environnement et atteindre ainsi les fins qu'ils visent.*», L. Von Mises, *Abrégé de l'action humaine, traité d'économie*, trad. G. Dréan, Belles lettres, 2004; M. ROTHBARD, «Praxeology: the methodology of Austrian economics», in *The foundation of Modern austrian economics*, Edwin Dolan, (ed.), 1976, p.19-39.

<sup>180</sup> La conception instrumentaliste des modèles économiques défendue par Friedmann est ici remise en cause très sérieusement: G. CAMPAGNOLO, «*Seuls les extrémistes sont cohérents...*» *Rothbard et l'école austro-américaine dans la querelle de l'herméneutique*, ENS ed. 2006, 17-65.

## 2- Un processus concurrentiel sans droit de la concurrence

Parler de concurrence en raisonnant par référence au modèle de concurrence pure et parfaite revient, pour Hayek, à s'exposer à deux types d'écueils: d'une part, celui de ne pas rendre compte du fonctionnement réel de la concurrence<sup>181</sup>; d'autre part, oublier que l'application effective d'un tel modèle ne pourrait conduire qu'à une concurrence impraticable<sup>182</sup>. La concurrence selon Hayek revient à «s'efforcer de gagner ce qu'un autre individu pourrait au même moment gagner»<sup>183</sup>. C'est parce que l'entrepreneur dispose d'une information dont n'est pas en possession le consommateur, que peut s'établir une relation d'échange<sup>184</sup>. Dans ce cadre d'analyse, il est impossible pour les consommateurs d'acquérir dans la vie ordinaire, l'exhaustivité des informations nécessaires à la satisfaction de leurs besoins. S'ils veulent se procurer un produit ou un service sur le marché, ils sont obligés de faire avec les informations limitées auxquelles ils ont accès. L'acquisition d'une information optimale par tous les agents économiques présents sur un marché est une hypothèse irréaliste. Si tel n'était pas le cas, toute activité de vente, de publicité, de rabais ou de réclame sur le marché serait amenée à disparaître dans la mesure où l'ensemble des consommateurs disposerait d'une lisibilité parfaite des échanges sur le marché.

Catégorisée comme un ordre complexe, la concurrence ne peut par conséquent être instituée par le volontarisme politique; au contraire, l'État se doit en respecter la structure et ne pas intervenir, hormis quelques rares exceptions. Seul le droit interprété par les juges, en ce qu'il constitue l'aboutissement de règles qui découlent de l'évolution naturelle de la société, est légitime à prendre part à l'accomplissement du processus concurrentiel<sup>185</sup>. Hayek distingue en ce sens, les règles de juste conduite «découvertes» par les juges et les règles construites qui dérivent de la volonté du législateur<sup>186</sup>.

---

<sup>181</sup> Pour l'exposé de base de ce modèle, v. développements supra, Seconde Partie, Titre 1, Chap.1, Section 2.

<sup>182</sup> F. A. HAYEK, «The meaning of competition», in *Individualism and Economic Order*, Routledge & Keagan Paul 1949, p.93-94.

<sup>183</sup> F. A. HAYEK, «The meaning of competition», *op.cit.*, p.96.

<sup>184</sup> I. KIRZNER, «Entrepreneurial discovery and the Competitive market process: an Austrian approach», *JEL*, 1997, vol.35, p.60-85.

<sup>185</sup> On retrouve là les présupposés ontologiques des arguments sur l'efficience de la Common Law par rapport au droit continental: R. POSNER, «The ethical and political basis of the efficiency norm in the Common Law adjudication», *Hofstra L. Review*, 1979-1980, p.487; Pour une discussion de ce thème: G. CANIVET, M-A FRISON-ROCHE, *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, 2005.

<sup>186</sup> Ces règles de «juste conduite» comprennent trois lois fondamentales de la nature: stabilité des possessions, le transfert par consentement et l'exécution des promesses. Ces règles sont prohibitives et non finalisées; «elles ne font qu'établir un code à l'intérieur duquel il est possible de poursuivre ses fins» in J-P. FELDMAN, «Scholies sur l'interprétation du droit selon Hayek», *Droits*, n°33, 2001, p.181-191; B. CHAVANCE, *L'économie institutionnelle*, Paris, La découverte, 2007, p.52-53.

Les règles de juste conduite sont légitimes parce qu'elles constituent l'aboutissement d'une sélection préalable; cette sélection s'opère par les règles elles-mêmes. Il y a, derrière une telle affirmation, l'idée que le droit préexiste à la volonté du législateur et lui serait même immanent<sup>187</sup> ce qui n'est pas sans liens avec certains arguments de l'école historique du droit<sup>188</sup>. Ainsi que l'affirme P. Nemo: «*Ce droit antérieur à la législation n'a donc par définition été «inventé» par personne; nous savons qu'il est apparu en même temps que la société elle-même, à laquelle il est comme consubstantiel. Le droit, au sens de règles de conduite obligatoires, est certainement aussi ancien que la société; seule l'observance de règles communes rend possible l'existence pacifique des individus au sein de la société*»<sup>189</sup>. L'interprète ne fait, dans cette optique, que mettre à jour un acquis résultant de l'évolution sociale ou en compléter les lacunes «*Le juge est dans une situation analogue à celle du savant qui est normalement guidé par une intuition vers une hypothèse qu'il vérifiera. Il teste des hypothèses auxquelles il est arrivé par des processus qui n'ont été qu'en partie conscients*»<sup>190</sup>.

L'ensemble de ces idées ne peut être qu'en porte-à-faux avec tout type de législation en droit de la concurrence. Armentano par exemple, soutient que la constitution de monopoles n'a pas pour conséquence de nuire au marché<sup>191</sup>. Si les entreprises en monopole ou non satisfont les désirs du consommateur, elles ne doivent faire l'objet d'aucun contrôle de la part de l'administration. En réinterprétant le droit antitrust à la lumière des théories de l'école de Virginie<sup>192</sup>, Armentano montre qu'en réalité le droit antitrust a eu pour effet d'affecter autant le surplus du consommateur que l'efficience des entreprises. La législation antitrust aurait été en ce sens le fruit de groupe de pression divers<sup>193</sup>. À partir de cette critique, Armentano en arrive à la conclusion selon laquelle la légitimité du droit antitrust est sujette à caution.

<sup>187</sup> P. NEMO, *La société de droit selon Hayek*, PUF, 1988, p.111-120.

<sup>188</sup> Comme l'affirme O. JOUANJAN, «(...) un peuple est, d'un côté, individualité (le peuple actuel) mais aussi, de l'autre côté, membre d'une totalité, pris comme continuation des époques passées». *La coutume préexiste aux autres sources du droit*, O. JOUANJAN, «Ecole historique du droit, pandectisme et codification en Allemagne», in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p.571-578.

<sup>189</sup> P. NEMO, *La société de droit selon Hayek*, *op.cit.*, p.111.

<sup>190</sup> J-P. FELDMAN, *op.cit.*, p.184. Hayek admet cependant que le législateur puisse, à certaines conditions, intervenir afin de corriger si besoin, les lacunes de la jurisprudence. Hayek conditionne cette intervention à un contrôle *a posteriori*.

<sup>191</sup> D. ARMENTANO, *Antitrust and monopoly, anatomy of a policy failure*, The independent Institute, 1996; M. SKOUSEN, *Vienna & Chicago, Friends or Foes?* Capital Press, 2005, p.203.

<sup>192</sup> L'école de Virginie vise la pensée de Buchanan et Tullock qui forment une critique radicale du fonctionnement de la démocratie représentative: J. BUCHANAN, G. TULLOCK, *The Calculus of Consent: Logical foundations of Constitutional democracy*, Univ Michigan Press, 1972; J. BUCHANAN, *Les limites de la liberté: entre anarchie et Léviathan*, Liberalia, 1992.

<sup>193</sup> D. ARMENTANO, *Antitrust, The Case for repeal*, 2<sup>nd</sup> ed. The L.V. Mises Institute, 1999.

Il rejoint Hayek qui, des années auparavant, s'en prenait à toute forme de délégation de la politique économique à des autorités indépendantes «(...) *On en vient à considérer les parlements comme d'inutiles parloles, incapables d'accomplir les tâches en vue desquelles ils ont été élus. Et l'on se convainc de plus en plus que pour faire un planisme efficace, il faut en retirer la direction aux «politiciens», et la confier à des experts, à des fonctionnaires permanents, ou à des organismes autonomes (...) On ne s'en rend toujours pas bien compte, et l'on justifie d'habitude la délégation par le caractère technique de la tâche (...) Ce qui est mauvais, c'est que l'on recourt bien souvent à la délégation parce que la question dont il s'agit ne peut être résolue par des règles générales, mais seulement par décision discrétionnaire dans des cas particuliers*»<sup>194</sup>. La pensée autrichienne s'oppose donc de façon radicale à toute politique de concurrence: aucune finalité ne doit être assignée à cette dernière, sous réserve de retomber dans la même erreur que le socialisme. C'est dans cette optique que les autrichiens formulent un critère d'efficacité qui justifie le non-interventionnisme du législateur dans le processus concurrentiel<sup>195</sup>.

Plutôt que de chercher des fondements à la politique de concurrence, les austro-américains préfèrent recentrer le problème sur l'attribution de droits de propriété. L'efficacité, comme stipulée par Chicago, ne peut faire l'économie de telles questions. Il s'agit là de problèmes éthiques, car au fond, la difficulté est celle de savoir quelle finalité concurrentielle doit ou peut être considérée comme la meilleure possible dans une société de

<sup>194</sup> F. A. HAYEK, *La route de la servitude*, PUF, 1985, p.51-54.

<sup>195</sup> R. CORDATO illustre très bien cette différence d'approche. Le concept d'efficacité pour les autrichiens, se définit en fonction du but que poursuivent les individus et plus précisément la façon dont ces buts sont atteints. On parle d'inefficacité lorsque les moyens choisis par les individus ne correspondent pas aux buts qu'ils s'assignent. Cela signifie, contrairement à la pensée néoclassique, que les buts que poursuivent les individus ne sont pas d'avance déterminés ou, si l'on préfère, que les individus ne disposent pas toujours de la connaissance nécessaire pour atteindre leurs buts. L'analyse des fins ne compte pas dans la pensée autrichienne. Ce qui compte, c'est la façon dont les individus mettent en œuvre leurs moyens pour parvenir à leurs fins. R. Cordato illustre son propos par un exemple: supposons qu'une personne (P) ait planifié de tondre sa pelouse durant toute une après-midi et que finalement elle ne le fasse qu'au bout de 45 min. Contrairement à la théorie néo-classique, son comportement ne sera pas considéré comme «inefficace» simplement parce que l'action de cette personne P n'a pas correspondu à la finalité qu'elle s'est assignée au départ (tondre la pelouse durant toute l'après-midi). Le fait que cette même personne (P) ait finalement décidé de tondre sa pelouse en 45 mn n'est en rien inefficace puisque cette décision relève d'un but définit souverainement par elle. Aussi, il faut comprendre selon cette prémisse que le «succès» ou «l'efficacité» d'une action dépend de la façon dont ce succès est envisagé de façon subjective, c'est-à-dire par l'individu même. Il ne peut donc être question d'évaluer cette finalité subjective en fonction d'une finalité de nature holistique (efficacité allocative ou productive par exemple). Il résulte de tout ceci que la société ne peut avoir d'autres buts que celui défini par les individus eux-mêmes pris dans leur subjectivité. L'efficacité pour les néo-autrichiens se réduit par conséquent aux modes d'organisation permettant aux individus de poursuivre leurs buts subjectifs. C'est la raison pour laquelle la pensée autrichienne reste tant attachée au marché et considère ce dernier comme le système d'organisation sociale le plus efficace. La question qui se pose alors est celle du degré de «coordination» et «d'information» entre vendeurs et acheteurs. De la façon dont cette «information» est dispersée sur le marché, dépend l'opportunité de chacun des acteurs du processus concurrentiel. Dit autrement, les entrepreneurs (motivés par un gain potentiel) acquièrent cette «information» ou «connaissance» dans le but de l'utiliser afin d'accroître leur efficacité: R. CORDATO, «The Austrian theory of efficiency and the role of government», *Journal of Libertarian Studies*, n°4, 1980, p.393-403.

marché? Ces questions doivent être débattues de façon démocratique «(...) *Dans une démocratie, le contrôle conscient n'est possible que dans les domaines où il est vraiment possible de se mettre d'accord. Dans d'autres domaines, il faut s'en remettre au hasard*»<sup>196</sup>. Telle est la position de Nozic, Tullock, Buchanan ou encore Rothbard<sup>197</sup>. Ce dernier affirme d'ailleurs que «*Les économistes doivent s'accoutumer à l'idée que l'objet de notre discipline ne peut s'étendre à la vie dans sa totalité. Leçon douloureuse, sans doute, mais qui, en contrepartie, est compensée par la prise de conscience des limites de nos propres raisonnements et, simplement peut-être, d'un retour vers l'éthique et de la justice*»<sup>198</sup>. On le voit, la pensée autrichienne réintègre pleinement le droit de la concurrence dans l'arène politique en défendant l'idée qu'il ne peut être mis en application ni par des autorités administratives, ni même par référence à un cadre conceptuel néoclassique<sup>199</sup>.

**Conclusion du chapitre 2.** «*Critiquer le choix des juges dans la finalité qu'ils assignent au droit de la concurrence est faire de la politique et non de la science*»<sup>200</sup>: c'est sur ces réflexions que l'économiste Donald Dewey concluait, en 1964, un article sur le droit antitrust. Est-il possible de sortir en ce sens du diptyque, plus ou moins d'*analyse économique*? Est-il possible de se déprendre du naturalisme selon lequel les modèles sont indispensables à la mise en œuvre du droit de la concurrence? Car la croyance en l'*analyse économique* et ses modèles s'est en réalité substituée à une réflexion éthique qui reste à faire: l'interprétation du droit de la concurrence n'est, à la base, pas une question de modèles; elle est une question politique à part entière. Les modèles ne sont qu'ancillaires de cette discussion fondamentale. C'est à la mise à jour de ces différentes questions que se sont attelés les développements précédents.

On a vu à cet égard que la référence à l'*analyse économique* dissimule des clivages très prononcés au sein des discours dogmatiques sur le droit de la concurrence. Tenter d'en sortir fait prendre conscience que les problèmes sur le monopole et la politique de

---

<sup>196</sup> F. A. HAYEK, *La route de la servitude*, PUF, 1985, p.55-56.

<sup>197</sup> M. ROTHBARD, «The Myth of efficiency», in *Time, Uncertainty, and Disequilibrium*, Mario Rizzo, ed. Lexington, Mass: DC Heath, 1979, p.90-95; R. CORDATO, *op.cit.*, p.402; G. TULLOCK, «Two kinds of legal efficiency», *Hofstra Law Review*, 1979-1980, p.659; B. BOUCKAERT, «L'analyse économique du droit: vers un renouveau de la science juridique?», *RIEJ*, 1987, vol.18, p.47-61; V. VALENTIN, *Les conceptions néo-libérales du droit*, *op.cit.*, p.270-331.

<sup>198</sup> «Economist will have to get used to the idea that not all of life can be encompassed by our discipline. A painful lesson no doubt, but compensated by knowledge that it may be good for our souls to realize our own limits-and, just perhaps, to learn about ethics and about justice», in R. CORDATO, *op.cit.*, p.402.

<sup>199</sup> On se référera sur ce point à l'ouvrage de G. CAMPAGNOLO, «*Seuls les extrémistes sont cohérents...*» *Rothbard et l'école austro-américaine dans la querelle de l'herméneutique*, ENS ed. 2006.

<sup>200</sup> D. DEWEY, «The Economic Theory of Antitrust: Science or Religion?», *Virginia. L. Rev.*, vol.50, n°3, 1964, p.413-434.



concurrence en sont restés peu ou prou, aux débats initiés lors du colloque Lippmann: de quelle manière gouverner le monopole<sup>201</sup>? Depuis, le droit de la concurrence s'est progressivement enfoncé, sous l'influence de Harvard puis Chicago, dans une gangue scientiste. Il faut bien voir cependant que tous les néolibéraux ne partagent pas ce réductionnisme: tel est le cas des autrichiens. Le «positivisme» de façade dans lequel s'est inscrit le droit de la concurrence a occulté du même coup, la richesse des débats éthiques dont il était susceptible de faire l'objet. Si notre posture épistémologique nous interdit de prendre position, elle permet tout au moins de clarifier le fait que derrière *l'analyse économique* sourd nombre de problèmes éthiques fort complexes qui touchent autant à la démocratie, au rôle de l'État qu'à l'influence des entreprises dans la sphère politique.

**Conclusion du titre 2.** La mise en lumière du cadre dogmatique sur le droit de la concurrence a permis de comprendre d'une part, comment différents discours faisaient passer leurs présupposés pour des propos neutres; d'autre part, qu'en dépit de cet artifice, le droit de la concurrence n'en posait pas moins des problèmes éthiques préoccupants. On a mis en lumière le clivage qui existait entre partisans du laisser-faire et interventionnistes. Il semble aujourd'hui que la première tendance ait pris le pas sur la seconde. Des raisons expliquent cette prédominance. Parmi ces dernières, l'intérêt qu'y trouvent les acteurs économiques influents, les États membres, mais aussi les institutions européennes<sup>202</sup>. L'approche développée par Chicago semble en effet de plus en plus prépondérante dans le contexte européen.

Pourtant, elle ne fait que différer de façon préjudiciable, un débat éthique très délicat sur le lien entre concurrence, capitalisme et démocratie. Elle accentue d'autant le déficit démocratique des institutions européennes<sup>203</sup>; car, à la différence de l'Europe, on oublie que les fondements du droit antitrust sont tributaires outre-Atlantique des majorités au pouvoir. Si, depuis la fin des années soixante-dix, Chicago est prépondérante aux États-Unis, c'est parce qu'elle a le soutien des conservateurs et des nouveaux démocrates<sup>204</sup>. Ce qui ne veut pas dire que les débats sur les fondements du droit antitrust ne s'inscrivent pas dans un espace dialogique où se confrontent différentes visions de la politique de concurrence<sup>205</sup>. La

---

<sup>201</sup> C. W. De MARCO, «Knee Deep in the Technique: The Ethics of Monopoly Capital», *Journal of Business Ethics*, vol.31, n°2, 2001, p.151-164.

<sup>202</sup> On peut se reporter sur ce point à la Première Partie, Chapitre 1.

<sup>203</sup> Sur la contribution des autorités administratives à ce phénomène: M. LOMBARD, *Régulation économique et démocratie*, Dalloz, 2006.

<sup>204</sup> J. STIGLITZ, *Quand le capitalisme perd la tête*, Fayard, 2003, p.171-211.

<sup>205</sup> R. PERRITZ, *Competition Policy in America. History, Rhetoric, Law*, Oxford Univ Press, 1996.

réciproque n'est pas vraie en Europe: Chicago triomphe parce qu'elle renforce la nature technocratique du droit européen de la concurrence. De la même façon, le droit antitrust a construit ses fondements sur une idéologie propre au contexte américain; cette idéologie est-elle transposable ou universelle? L'Europe peut-elle ou doit-elle en inventer une autre? Autant de questions qui, au fil des années, s'accumulent sans réponse.

**Conclusion de la seconde partie.** En partant de l'idée que le langage du droit fournit aux acteurs économiques les ressources nécessaires à la mise en œuvre de leurs stratégies concurrentielles, cette seconde partie s'est attachée à mettre en lumière deux choses. En premier lieu, l'exploration de l'usage normatif de catégories ou métaphores économiques a montré qu'il y avait tout lieu de les dissocier du discours des économistes. Les interprètes entretiennent avec le langage économique un rapport instrumental de justification et non de connaissance. Si tel est ce que l'on désigne comme relevant de l'*analyse* ou du *raisonnement* économique, force est de reconnaître qu'il s'agit au contraire d'un mode alternatif de justification des normes. Bien que différente du langage dogmatique traditionnel des juristes, cette nouvelle rhétorique reste elle aussi fondée sur nombre de jugements de valeur. Ce point est fondamental dans la mesure où si l'on considère l'*analyse économique* utilisée par le juge comme un simple outil rhétorique, cela signifie que ce discours n'apporte aucune connaissance sur l'intention véritable des firmes. L'*analyse économique* permet seulement de reconstituer et justifier une pratique; non d'en connaître les motivations profondes.

Nous avons interrogé en second lieu les modes d'influence de cette nouvelle rhétorique. Nous avons montré à ce sujet que les discours qui en étaient à l'origine s'appuyaient, dans l'ensemble, sur une croyance scientiste afin de faire prévaloir leurs jugements de valeur dans le champ dogmatique. L'image de l'économie comme science sociale la plus «dure» était mobilisée dans le but de stigmatiser d'autres modes d'argumentation concurrents considérés comme non «scientifiques». Pourtant, au sein de cette approche ne règne pas une homogénéité parfaite: ceux qui sont favorables à une politique de concurrence fondée sur un idéal égalitaire s'opposent aux partisans du fonctionnement naturel du marché. À mesure cependant que cette croyance scientiste gagne du terrain, elle tend à occulter un certain nombre de réflexions éthiques fondamentales.

## Conclusion Générale

La stratégie de construire l'Europe par référence à un discours polysémique et technocratique sur le marché est-elle en train de s'essouffler? En effet, la crise actuelle rappelle de façon saisissante l'influence des pouvoirs privés sur les décisions politiques. Certes, la stratégie initiée jusqu'à présent a permis de rallier autour d'elle nombre d'acteurs en faveur du marché unique. Cependant, le cadre institutionnel de l'Union européenne peut-il s'accoutumer de stratégies autres que celles de coalitions très hétéroclites? Il n'est nul besoin d'insister à cet égard, sur le fait que cette hétérogénéité des intérêts empêche d'aborder la politique de concurrence autrement que par l'artifice technocratique. Pourtant, le monopole et l'oligopole fascinent autant qu'ils rendent perplexes: de quelle manière les inciter à aller vers le «bien-être» du plus grand nombre? Comment s'accorder sur le contenu de ce «bien-être»? Ce sont là des questions très complexes. L'histoire a toutefois montré qu'on pouvait avoir une approche plus pragmatique du problème par la mise en œuvre d'une concurrence *pour* le marché<sup>1</sup>?

Aborder une telle problématique nécessite d'en admettre clairement les bases éthiques, ce qui n'est pas une mince affaire dans le cadre de l'Union européenne. Cela reviendrait à prendre conscience que le droit de la concurrence appelle une réflexion politique à part entière et non d'experts. À l'heure où, la politique antitrust, version Chicago, sonne de plus en plus comme un discours éculé<sup>2</sup>, à l'heure où même les thuriféraires de cette idéologie rappellent la nécessité de mieux encadrer la concurrence par les pouvoirs publics, le suivisme du droit européen paraît bien peu convaincant<sup>3</sup>. Les effets des monopoles et des oligopoles restent de loin la problématique majeure de la politique de concurrence. Faut-il indéfiniment les aborder par ce qu'en disent les modèles<sup>4</sup>? Une concurrence *pour* le marché nécessite que la puissance

---

<sup>1</sup> L. RICHER (dir.), *Concurrence pour le marché et concurrence par le marché*, LGDJ, 2007.

<sup>2</sup> I. SCHMIDT, J-B. RITTALER, *A critical evaluation of the Chicago school of antitrust analysis*, Springer, 1989; A. CUCINOTTA, R. PARDOLESI, *et.al*, *Post-Chicago developments in Antitrust Law*, Edward Elgard, 2003; R. PITOFISKY, *How Chicago School overshoot the Mark: The effect of Conservative Economic analysis on US Antitrust*, Oxford Univ Press, 2008; G. CAMPAGNOLO, «Pourquoi la crise ne dément pas Hayek», *Cités*, 1/2010, n°41, p.51-70.

<sup>3</sup> En ce sens: R. POSNER, *The Failure of Capitalism: The crisis of '08 and the descent into depression*, Harv Univ Press, 2009; R. POSNER, *The Crisis of Capitalist democracy*, Harv Univ Press, 2010; G. AKERLOF, R. SHILLER, *Animal Spirits: How Human Psychology drives the Economy and why it Matters for Global Competition*, Princeton Univ Press, 2009.

<sup>4</sup> Dont la fiabilité empirique est loin d'être prouvée comme le montre M. Rainelli s'agissant d'une analyse du règlement 139/2004: M. RAINELLI, «A propos du règlement européen n°139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises: une vision sceptique de la prise en compte des gains d'efficacité», *RIDE*, 1/2006, p.47-56.

publique soit capable de contraindre le comportement des entreprises. Ce point relève, dans le contexte européen, de la gageure, quand on sait que la Commission cherche à se concilier le soutien des milieux d'affaires dans la mise en œuvre de sa politique de concurrence. L'Union européenne a-t-elle les moyens d'instaurer une concurrence *pour* le marché? C'est une question à laquelle on ne peut apporter de réponses dans le cadre de ces propos conclusifs, mais qui mérite à notre sens d'être examinée plus avant. Là-dessus, l'explication naturaliste du fonctionnement du marché prêche un dogme faux: l'intérêt d'une entreprise ne rejoint pas nécessairement celui du consommateur.

Si l'on en revient aux analyses développées par Galbraith on comprend que la métaphore naturaliste de la concurrence n'en explique pas le fonctionnement: elle en justifie au contraire la pérennité. Cet idéal occulte toutefois l'essentiel, à savoir l'influence véritable des monopoles et des oligopoles tant sur le marché que dans le champ du pouvoir. Comme le fait encore remarquer Galbraith, le monde des affaires, tel qu'il fonctionne au quotidien reste très éloigné des modèles: si la métaphore d'une concurrence atomistique où la rencontre d'offreurs et de demandeurs donne naissance à un équilibre peut, dans une certaine mesure, encore s'appliquer aux firmes modestes, tel n'est pas le cas des grandes firmes. Pourtant, le droit de la concurrence s'applique à celles-ci plutôt qu'à celles-là. Loin de nous l'idée d'insinuer que les modèles économiques n'ont aucune utilité en droit de la concurrence. Mais contrairement à une tendance devenue dominante, le point de vue de cette thèse était de mettre en exergue l'usage quotidien et la représentation des modèles en se plaçant du point de vue des acteurs auxquels ils sont destinés.

Outre que la grande entreprise s'assure du contrôle des prix, elle maîtrise aussi ses coûts de production mais surtout, conditionne le comportement du consommateur<sup>5</sup>. Son chiffre d'affaires est parfois supérieur à bien des États membres. Si l'on ne peut éviter les structures monopolistiques, du moins peut-on tenter de les inciter à agir dans un sens différent de leurs intérêts. Cela, en admettant que cet intérêt ne se réduise pas à la seule maximisation du gain, mais qu'il tient compte aussi de considérations de pouvoirs. Peu d'études empiriques, en dehors de ce que prouve la validité des modèles, ont été menées sur les effets concrets de la politique de concurrence sur le consommateur<sup>6</sup>. Une telle posture heurte un certain discours officiel qui postule au travers de modèles les bienfaits de la politique de concurrence. Qui est le consommateur? Quel est son «bien-être»? Est-il libre ou lui assure-t-on une forme de

---

<sup>5</sup> R-V. JOULE, J-L. BEAUVOIS, *Petit traité à l'usage des honnêtes gens*, PUG, 2004; R-V. JOULE, J-L. BEAUVOIS, *La soumission librement consentie*, PUF, 6<sup>ed</sup> 2009.

<sup>6</sup> Pour un point de vue économique: K. LANCASTER, «A new Approach to Consumer Theory», *Journal of Political Economy*, vol.74, 1966, p.132-157.

liberté apparente? Comment s'entend cette liberté? Face à une firme puissante, le consommateur est-il encore en mesure d'influer sur la production? À l'évidence, et bien au-delà du simplisme de l'efficience, ce sont là des questions de fond qui méritent de plus amples approfondissements. Jusqu'ici, la littérature sur le droit de la concurrence s'est attachée à définir l'intérêt du consommateur par procuration<sup>7</sup>. À notre sens, elle ne peut toutefois se contenter d'une telle pétition de principe.

D'autres pistes de réflexion tiennent, cette fois-ci, à l'analyse de l'entreprise elle-même et de sa stratégie. Galbraith montre en ce sens que la structure dirigeante des grandes firmes qu'il nomme «technostructure» gagnerait à mieux être examinée dans un cadre de rapports de pouvoirs. Par quels mécanismes les entreprises réussissent-elles à contourner les infractions au droit de la concurrence? Le droit, ici encore, constitue un terrain de recherche prometteur<sup>8</sup>. De quelle manière les grandes firmes font-elles usage des normes dans le cadre de leurs stratégies concurrentielles? Si l'on a tenté de dresser ce cadre d'argumentation du point de vue des discours, les travaux empiriques qui s'y rattachent manquent. Ils manquent, précisément parce que l'économie néoclassique en est encore à comprendre la firme à l'aide d'outils formels.

En dépit de sa sophistication apparente, le cadre rhétorique du droit de la concurrence permet seulement de reconstruire l'intention d'une firme. Il ne permet pas d'imputer de façon véritable cette intention. Une entreprise peut très bien vouloir – pour des raisons de pouvoir – évincer un concurrent et justifier ce comportement devant le juge au regard du test de récupération des coûts. Par conséquent, il y a tout lieu de prendre conscience qu'une firme peut parfaitement dissimuler son intention véritable en recourant à *l'analyse économique*. Il y a une manière d'étudier l'économie, qui échappe complètement au formalisme et à l'univers idéalisé des modèles. Cette manière, c'est celle de la vie ordinaire des affaires, des prises de décisions de tous les jours dans un environnement incertain. Sans doute faut-il espérer qu'à côté du scientisme qui domine actuellement le droit de la concurrence, se développe une réflexion à la fois éthique et critique sur la politique de concurrence en rapport avec le pouvoir. Les sciences sociales, dont le droit, ont beaucoup à dire là-dessus. Ce ne serait, tout compte fait, qu'un juste retour à l'investigation des passions initiée par la pensée classique.

---

<sup>7</sup> Pour une posture qui invite à revisiter la manière dont la politique de concurrence se définit comme étant au service du consommateur: H. HOVENKAMP, *The Antitrust enterprise: Principle and execution*, Harvard Univ Press, 2008.

<sup>8</sup> V. en ce sens les travaux de J-P. ROBE: «L'entreprise comme institution fondamentale de l'échange marchand», in A. Hatchuel, O. Favereau *et.al*, *L'activité marchande sans le marché? Colloque de Cerisy*, Presses des Mines, 2010, p.91-109.









## BIBLIOGRAPHIE GENERALE

### Articles de doctrine

- ACKERMAN B., « Deux sortes de recherches en droit et économie », *RRJ*, 1987, p.428-441.
- AGUET Y., « L'équilibre, finalité du droit de la concurrence », in *Mélanges en l'honneur de Y. Serra*, Dalloz, 2006, p.29-58.
- ALFANDARI E., « Le droit économique en France », in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de L. Dubouis. Au carrefour des droits*, Dalloz, 2002, p.231-249.
- AMSELEK P., « Le service public et la puissance publique », *AJDA*, 1968, p.492-507.
- AMSELEK P., « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p.275-294.
- AMSELEK P., « La part de la science dans l'activité des juristes », *D*, 1997, p.337-344.
- ANCEL P., « Le droit *in vivo* ou plaidoyer d'un membre de la « doctrine » pour la recherche juridique empirique », in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de P. Jestaz*, Dalloz, 2006, p.1-17.
- ANDRE A., « Evidence before the European Court of Justice, with special reference to the Grundig/Consten Decision », *CMLR*, 1967, p.35-49
- ARENA R., FESTRE A., « Connaissances et croyances en économie, l'exemple de la tradition autrichienne », *REP*, vol 5, 2002, p.635-657.
- ARMAND-PROVOST M., « Quel profil pour un juge économique en France? », in *Le juge et le droit de l'économie. Mélanges en l'honneur de P. Bézard*, Paris, Montchrestien, 2002, p.33-40.
- ATIAS C., « Sur E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, éditions Thémis, 2008 », *Cahiers de Méthodologie Juridique*, 2008, n°22, p.2469-2475
- AUBY J-B., « Le mouvement de banalisation des personnes publiques et ses limites », in *Mélanges en l'honneur de J-M. Auby*, Dalloz, 1992, p.3-16.
- AUBY J-B., « La bataille de San romano, réflexions sur les récentes évolutions du droit administratif », *AJDA*, 2001, p.912-926.
- AUBY J-B., « Le rôle de la distinction du droit public et du droit privé dans le droit français », in *La distinction droit public, droit privé: regards croisés français et britanniques*, J-B. Auby et M. Freedland (dir.), ed. Panthéon-Assas, 2004, p.19-27.
- AZEVEDO J., WALKER M., « Dominance: meaning and measurement », *ECLR*, 2002, p.363-367.
- AZOULAY L., « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur de A. Pirovano*, Paris, ed. Frison-Roche, 2003, p.277-309.

BADEN FULLER C. W., « Article 86 EEC: Economic analysis of existence of dominant position », *Eur. L. Rev.*, 1979, p.423-441.

BAILEY E., « Contestability and the Design of regulatory and Antitrust Policy », *Am. Eco. Rev.*, vol.71, 1981, p.178-183.

BALLUTEAU M., DE BAECQUE F., *et.al.*, « La politisation du Conseil d'État: mythe ou réalité? », *Pouvoirs*, n°40, 1987, p.95-119.

BARBIER De La SERRE E., SIBONY A-L., « Expert evidence before the Courts », *CMLR*, 2008, p.941-985.

BAUMOL W., « Contestable markets: An uprising in the theory of industry Structure », *Am. Eco. Rev.*, vol.72, 1982, p.1-15.

BAUMOL W., ORDOVER J., « Use of antitrust to subvert competition », *Journal of Legal Studies*, vol.28, 1985, p.247-265.

BAZEX M., « Le «droit public de la concurrence», mythe ou réalité », *CCC*, juillet 2007, p.1-2.

BAZEX M., « Incompatibilité avec le droit communautaire du règlement de France Télécom refusant la communication à des éditeurs d'annuaires concurrents le nom des abonnés figurant sur la liste orange », *AJDA*, 1996, p.1033-1036.

BAZEX M., « L'implosion du dualisme de juridiction », *Pouvoirs*, n°46, 1988, p.36-42.

BAZEX M., « La libre concurrence, nouvelle source de l'action administrative », *Gaz. Pal.*, n°206, 2001, p.3-8.

BAZEX M., « La polysémie de l'article 53 », *CCC*, n°96, 1997, p.38-39.

BAZEX M., « La privatisation, stade suprême de l'interventionnisme? », *RFDA*, 1994, p.285-389.

BAZEX M., « La réforme de la concurrence. Réflexions d'un publiciste sur la publicisation du droit économique », *AJDA*, 1985, p.593-596.

BEAUD O., « La distinction droit public et droit privé: un dualisme qui résiste aux critiques », in *La distinction droit public, droit privé: regards croisés français et britanniques*, J-B. Auby et M. Freedland (dir.), ed. Panthéon-Assas, 2004, p.29-46.

BECKER G., « Competition and democracy », *JLE*, vol.1, 1958, p.105-109.

BEHAR-TOUCHAIS M., « Internormativité et droit de la concurrence (à propos du règlement CE n°1/2003) », *LPA*, n°199, du 5 octobre 2004, p.58-64.

BELLAMY C., « Le juge contrôleur du régulateur », *LPA*, n°17 du 23 janvier 2003, p.38-40.

BENOIT F.P., « Les fondements de la justice administrative », in *Le juge et le droit public. Mélanges en l'honneur de Marcel Waline*, Paris, L.G.D.J, T. II, 1974, p.283-295.

BERTRAND E., « La thèse d'efficience du «théorème de Coase », quelle critique de la microéconomie », *Rev.éco.*, vol.57, 2006, p.983-1008.

BIENAYME A., « L'application de l'article 86 du Traité de Rome dans la décision «Continental Can Company », *RTDE*, 1971, p.65-75.

- BIGOT G., « Les mythes fondateurs du droit administratif », *RFDA*, 2000, p.527-536.
- BOCK B., « An economist considers some basic issues of antitrust law in United-States », *ECLR*, vol.11, 1990, p. 52-64.
- BONASSIES P., « Les fondements du droit communautaire de la concurrence: la théorie de la concurrence-moyen », in *Mélanges en l'honneur de A. Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p.51-67.
- BORK R., « The crisis in antitrust », *Columbia Law Review*, n°3, 1965, vol.65, p.363-376.
- BORK R., BOWMAN S. W., « Antitrust and Monopoly. The goal of antitrust policy » *Am. Eco. Rev*, n°2, 1968, p.242-253.
- BOUCKAERT B., « L'analyse économique du droit: vers un renouveau de la science juridique? » *RIEJ*, vol.18, 1987, p.47-61.
- BOUDON R., « Utilité ou rationalité? Rationalité restreinte ou générale? », *REP*, n°5, 2002, p.755-772.
- BOULOC B., « La sanction judiciaire des pratiques anticoncurrentielles par voie pénale » *LPA*, n°14, 2005 p.11.
- BOULOUIS J., « À propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de Justice des C.E », in *Le juge et le droit public. Mélanges en l'honneur de Marcel Waline*, Paris, L.G.D.J, T.I, 1974, p.149-162.
- BOULOUIS J., « Supprimer le droit administratif? », *Pouvoirs*, n°46, 1988, p.6-12.
- BOURDIEU P., « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°46, 1986, p.3-19.
- BOUTARD LABARDE M-C., « Notion de marché et ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur de A. Pirovano.*, Paris, ed. Frison-Roche, 2003, p.547-549.
- BOUTARD-LABARDE M-C., « La détermination du marché pertinent », *RJDA*, n°11, 1993, p.743-750.
- BOY L., « L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence? », *RIDE*, n°1, 2005, p.27-50.
- BOY L., « Le droit de la concurrence: régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence », *JCP G*, 2004, I, p.1733-1738.
- BOY L., « L'ordre concurrentiel : essai de définition d'un concept », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur de A. Pirovano*, Paris, ed. Frison-Roche, 2003, p.23-56.
- BOYER R., « L'avenir de l'économie comme discipline », *Problèmes économiques*, n°2.847, mars 2004, p.19-25.
- BRAIBANT G., « Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration du droit », in *Le droit administratif. Mélanges en l'honneur de R. Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p.91-102
- BRAIBANT G., « Monisme(s) ou dualisme(s) », *REDP*, n°2, 2000, p.371-381.
- BRECHON-MOULENES C., « La place du juge administratif dans le contentieux économique public », *AJDA*, 2000, p.679-686.

BREWSTER STEARNS L., ALLAN K., « The Corporate merger wave of the 1980s », *American Sociological Review*, vol.61, n°4, 1996, p.699-718.

BRITTAN L., « The Law and Policy of Merger Control in EEC », *Eur. L. Rev*, vol.15, n°5, 1990, p.351-357.

BROZEN Y., « Concentration and Profits: does concentration matter? », *The Anti. Bull*, vol.19, 1974, p.381-392.

BRUNET F., « Contrôle français des concentrations: la consultation du Conseil de la concurrence a-t-elle encore une utilité? », *RLC*, n°3, 2005, p.9-12.

BRUNET P., « Humpty Dumpty à Babel? Les juges et le vocabulaire juridique européen », *LPA*, 18 mars 2008, p.2-5.

BRUNET P., « Irrationalisme et anti-formalisme: sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits*, n°39, 2004, p.197-217.

BRUNET P., « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica 2006, p.207-221.

BUCHANAN J., « Good Economics, Bad Law », *Virginia Law Review*, vol.60, n°3, 1974, p.483-492.

BURDEAU F., « Du sacre au massacre d'un juge. La doctrine et le Conseil d'État statuant au contentieux », in *La Terre, la Famille, le Juge. Mélanges H-D. Cosnard*, Paris, Economica, 1990, p.309-317.

BURDEAU F., « Les crises du principe de dualité de juridiction », *RFDA*, n°5, 1990, p.724-733.

BURDEAU F., « La complexité n'est-elle pas inhérente au droit administratif? », in *Clés pour le siècle*, ed. Panthéon Assas-Dalloz, 2000, p.417-435.

BUREAU D., « La réglementation de l'économie », *APD*, T.41, 1997, p.317-339.

CADIET L., « Ordre concurrentiel et justice », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur de A. Pirovano*, Paris, ed. Frison-Roche, 2003, p.109-141.

CAILLOSSE J., « Droit et politique: vieilles lunes, nouveaux champs », *Droit et Société*, n°26, 1994, p.127-154.

CAILLOSSE J., « Droit public droit privé: sens et portée d'un partage académique », *AJDA*, 1996, p.955-968.

CAILLOSSE J., « Le droit administratif contre la performance publique? », *AJDA*, 1999, p.195-216.

CAILLOSSE J., « Le droit administratif saisi par la concurrence? », *AJDA*, février 2000, p.99-103.

CAILLOSSE J., « Les justifications du maintien actuel du dualisme juridictionnel », *AJDA*, 2005, p.1781-1786.

CALABRESI G., « About Law and Economics: a letter to Ronald Dworkin », *Hofstra. L. Rev*, vol.8, n°3, 1980, p.553-562.

CALABRESI G., « Pointless of Pareto: carrying Coase further », *Yale Law Journal*, vol.100, n°5, 1991, p.1210-1237.

CALMETTE J-F., « Réflexions sur la valeur de l'analyse économique du droit: le cas du droit public », *RRJ*, 2004/2 p.905-920.

CALMETTE J-F., « L'évolution de la prise en compte de l'analyse économique par le juge administratif », *CCC*, juillet 2006, p.13-18.

CANIVET G., « La formation du juge à l'économie », *RJCom*, novembre 2002, p.63-72.

CANIVET G., « Régulateurs et juges: conclusions générales », *LPA*, n°17 du 23 janvier 2003, p.50-55.

CANIVET G., VOGEL L., « Le dommage à l'économie, critère d'évaluation de l'amende en droit français de la concurrence », *RJDA*, n°8-9, 1993, p.599-603.

CARPENTIER-TANGUY X., « Expertise et conseil en France: un modèle centralisé et élitiste », *Problèmes économiques*, n°2912, décembre 2006, p.6-9.

CASSESE S., « Le problème de la convergence des droits administratifs, vers un modèle européen? », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de G. Braibant*, Dalloz, 1996, p.47-55.

CASSESE S., « Une des formes de l'État nouveau du monde: réflexion sur le droit administratif français », *AJDA*, 1995, p.67-175.

CHABANOL D., « Dualité des ordres de juridiction: faut-il brûler le Tribunal des Conflits? », *AJDA*, 1988, p.736.

CHAMPAUD C., « Contribution à la définition du droit économique », *D.*, chroniques, 1967, p.215- 218.

CHAMPAUD C., « Les sources du droit de la concurrence au regard du droit commercial et des autres branches du droit applicable en France », in *Problèmes d'actualité posés par les entreprises. Mélanges en l'honneur de R. Houin*, Dalloz/Sirey, 1985, p.61-107.

CHAMPAUD C., « L'idée d'une magistrature économique », *Justices*, n°1, 1995, p.61-78.

CHAMPAUD C., « Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste et structuraliste de connaissance du droit », in *Philosophie du droit et droit économique: quels dialogues? Mélanges en l'honneur de G. Farjat*, Paris, ed. Frison-Roche, 2000, p.69-109.

CHAMPAUD C., « Régulation et droit économique », *RIDE*, 2001, p.23-66.

CHAMPEIL-DESPLATS V., « Raisonement juridique et pluralité des valeurs: les conflits axio-téléologiques de normes », *Analisi e diritto*, 2001, p.59-70.

CHAPUS R., « Dualité de juridiction et unité de l'ordre juridique », *RFDA*, n°5, 1990, p.53-58.

CHAPUS R., « Qu'est-ce qu'une juridiction? La réponse de la juridiction administrative », *Mélanges en l'honneur de C. Eisenmann*, Paris, ed. Cujas, 1977, p.265-293.

CHAPUS R., « Le service public et la puissance publique », *RDP*, 1968, p.235-262.

CHARBIT N., « Marée haute et écueils de la jurisprudence du Conseil d'État en matière de concurrence », *LPA*, n°37, 2001, p.4-14.

CHARBIT N., « Le Conseil d'État, juge de la concurrence? », *RLC*, n°42, 2001, p.11-15.

CHARD J. S., « The economics of the application of Article 85 to selective distribution systems », *Eur. L. Rev*, 1982, p.83-102.

CHARLIER R-E., « La constitution et le juge de l'administration », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges en l'honneur de Michel Stassinopoulos*, Paris, L.G.D.J., 1974, p.31-46.

CHARLIER R-E., « Signification de «l'intervention» de l'État dans l'économie », in *L'interventionnisme économique de la puissance publique. Mélanges en l'honneur de G. Péquignot*, CERAM, T.1, 1984, p.95-118.

CHATRIOT A., « Les ententes: débats juridiques et dispositifs législatifs (1923-1953) », *HES*, n°1, 2008, p.7-22.

CHENOT B., « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *Études et documents*, 1950, p.77-83.

CHEROT J-Y., « Le droit dans un ordre juridique faiblement ordonné. Le cas de l'Union européenne », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur de B. Genevois*, Dalloz, 2009, p.175-184.

CHEROT J-Y., « Le Concept de droit hartien et l'analyse économique du droit », *Cahiers de Méthodologie Juridique*, n°22, 2008, p.2529-2530.

CHEROT J-Y., « Nouvelles observations sur la régulation par le Conseil d'État de la concurrence entre personnes publiques et personnes privées », in *Mouvement du droit public. Mélanges en l'honneur de F. Moderne*, Dalloz, 2004, p.87-102.

CHEROT J-Y., « Le droit communautaire de la concurrence fonde-t-il un ordre concurrentiel? Essai sur la notion d'entreprise et d'activité économique dans la jurisprudence de la Cour », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur de A. Pirovano*, Paris, ed. Frison-Roche, 2003, p.563-577.

CHEROT J-Y., « L'identification par la Cour de justice des communautés européennes de l'activité économique au sens du droit de la concurrence », *AJDA*, 2003, p.437-442.

CHEROT J-Y., « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », *AJDA*, 2000, p.687-696.

CHEROT J-Y., « La consultation du Conseil de la concurrence sur les textes législatifs et réglementaires anticoncurrentiels », *D.*, 1995, p.233-240.

CHEROT J-Y., « La discipline des aides nationales dans la communauté européenne », *REI*, vol.63, 1993, p.222-241.

CHEROT J-Y., « Trois thèses de l'analyse économique du droit » *RRJ*, 1987/2 p.443-453.

CHEVALLIER J., « État et ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur de A. Pirovano*, Paris, ed. Frison-Roche, 2003, p.59-72.

CHEVALLIER J., « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et Société*, n°50, 2002, p.103-119.

CHEVALLIER J., « La fin des écoles? », *RDP*, 1997, p.679-700.

CHEVALLIER J., « L'élite politico-administrative: une interpénétration discutée », *Pouvoirs*, n°80, 1997, p.89-100.

CHEVALLIER J., « La politique française de modernisation administrative », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de G. Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p.69-87.

CHEVALLIER J., « La réforme de l'État et la conception française du service public », *RFAP*, n°77, 1996, p.189-205.

- CHEVALLIER J., « Les Autorités Administratives indépendantes et la régulation des marchés », *Justices*, n°1, 1995, p.81-90.
- CHEVALLIER J., « Du principe de séparation au principe de dualité », *RFDA*, n°5, 1990, p.712-723.
- CHEVALLIER J., « Le droit administratif, droit de privilège? », *Pouvoirs*, n°46, 1988, p.57-70.
- CHEVALLIER J., « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP G*, 1986-I, n°3254.
- CHEVRIER G., « Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction « jus privatum » et « jus publicum » dans les œuvres des anciens juristes français » *APD*, 1952, p.5-77.
- CLAISSE A., « L'idéologie: discours du pouvoir », in *Le pouvoir. Mélanges en l'honneur de G. Burdeau*, Paris, L.G.D.J., 1977, p.63-86.
- CLAMOUR G., « Entre audace jurisprudentielle et confusion des genres: une application directe du droit de la concurrence par le juge administratif », *RLC*, 2006, n°6, p.43-46.
- CLARK J. W., « Mise en œuvre judiciaire du droit de la concurrence », *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de concurrence*, vol.1, n°1, 1999, p.147-159.
- CLAUDEL E., « Faciliter les conditions d'établissement de la responsabilité », *Concurrences*, n°2, 2009, p.28-36.
- CLAUDEL E., « La processualisation du droit de la concurrence », in G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, 2006, p.285-313.
- CLERO J-P., « La réflexion benthamienne sur les mathématiques », *Rev. Synthèse*, n°4, 1998, p.447-484.
- CLERO J-P., « Un philosophe et sa langue: Bentham », *Rue Descartes*, n°26, 1999.
- COHEN D., « Justice publique et justice privée », *APD*, T.41, 1997, p.141-161.
- COHEN- TANUGI L., « L'avenir de la justice administrative », *Pouvoirs*, n°46, 1988, p.13-20.
- COLEMAN J., « Afterword: The rational Choice Approach to Legal Rules », *Chicago Kent Law Review*, vol.65, n°1, 1989, p.177-191.
- COLEMAN J., « Economics and Law: a critical review of the foundations of Economics Analysis of Law », *Ethics*, vol.95, 1984, p.649-679.
- COLEMAN J., « Efficiency, Utility and Wealth Maximisation », *Hofstra. L. Rev*, vol.8, n°3, 1980, p.509-551.
- COMANDUCCI P., « Quelques problèmes conceptuels concernant l'application du droit », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica 2006, p.315-327.
- CONSTANTINESCO J-L., « La Constitution économique de la République fédérale allemande », *Rev.éco*, vol. 11, n°2, 1960, p.266-290.

COOTER R., « Law and the imperialism of economics: an introduction to the economic analysis of Law and a review of the major books », *Univ. Cal. L. Rev.*, 1981, p.1260-1269.

COOTER R., RAPPOPORT P., « Were Ordinalists Wrong about welfare economics? », *JEL*, 1984, p.507-530.

COPPENS P., « Remarques épistémologiques sur l'utilisation des concepts économiques en droit », *Le droit au défit de l'économie*, Y. Chaput (dir.), Publications de la Sorbonne, 2002, p.207-221.

CORDATO R., « The Austrian theory of efficiency and the role of government », *Journal of Libertarian Studies*, n°4, 1980, p.393-403.

CROCIONI P., « The Hypothetical Monopolist test: What it can and cannot tell you », *ECLR*, 2002 p.356-362.

DAINITH T., « Pouvoir étatique en droit et en économie », in *Philosophie du droit et droit économique; quels dialogues? Mélanges en l'honneur de G. Farjat*, Paris, ed. Frison-Roche, 2000, p.367-380.

DALLERY T., ÉLOIRE F., MELMIES J., « La fixation des prix en situation d'incertitude et de concurrence: Keynes et White à la même table », *Revue française de socio-économie*, n°4, février 2009, p.177-198.

DANET D., « Le droit antitrust doit-il être économiquement correct? », *Dall. aff.*, n°43, 1996, p.1370-1375.

DANET D., « Le droit économique doit-il être hayékien? », *RIDE*, n°3, 1995, p.407-424.

DANET D., « La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique ? » *RIDE*, n°1, 1993, p.5-27.

DANET D., « Le Conseil de la concurrence: juridiction incomplète ou juridiction innommée? », *RIDE*, n°1, 1991, p.3-17.

DANNEQUIN F., « L'organisation contre le capitalisme. Le déclin de l'entreprise chez Schumpeter », *Innovations*, n°27, 2008, p.46-68.

DAVIGNON E., « Une stratégie industrielle pour l'Europe », *REI*, n°23, p.109-118.

De BANDT J., « Politiques industrielles et de la concurrence: quelles priorités quelles combinaisons? », *REI*, vol.63, 1993, p.207-221.

De BECHILLON D., « Le gouvernement des juges: une question à dissoudre », *D.*, chroniques, 2002, p.973-981.

De BECHILLON D., TERNEYRE P., « Le Conseil d'État et la Cour de Justice européenne. Nouvelle donne », *Pouvoirs*, 2007, p.105-115.

De BONIS M., « Langage naturel et expertise psychiatrique. Les marques de quantité dans la description des sujets expertisés: précision ou exactitude? » *Droit et Société*, n°3, 1986, p.251-261.



De CORAIL J-L., « La notion d'activité dans le domaine de l'administration économique: sa définition et son utilisation par le juge administratif », in *Mélanges en l'honneur de P. Couzinet*, Université de sciences sociales de Toulouse, 1974, p.117-151.

DEHOUSE R., « L'Europe par le droit », *Critique Internationale*, n°2, 1999, p.133-150

De KIRALY F., « Le droit économique, branche indépendante de la science juridique, sa nature, son contenu, son système », in *Études en l'honneur de F. Geny*, T. 3, 1934, p.111-123.

De MARCO C. W., « Knee deep in technique: the ethics of monopoly capital », *Journal of Business Ethics*, vol.31, n°2, 2001, p.151-164.

De SCHUTTER O., « Réalisme juridique, institutionnalisme et ordolibéralen (A propos de l'histoire intellectuelle des rapports entre le droit et l'économie) », *Annales d'études européennes*, de l'Université Catholique de Louvain, 1998/1999, p.3-27.

De SOTO J., « Recours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique », *Études et documents*, 1951, p.64.

DEBBASH C., « Le droit administratif face à l'évolution de l'administration française », in *Le juge et le droit public. Mélanges en l'honneur de Marcel Waline*, Paris, L.G.D.J., 1974, p.333-354.

DEBBASH C., « Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun? », in *Le droit administratif. Mélanges en l'honneur de R. Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p.127-133.

DEFALVARD H., « Limites et dangers du libéralisme », *Cah. d'éco. polt* n°16-17, p.205-230.

DEFFAINS B., « L'économie du droit », *REP*, vol 6, 2002, p.785-789.

DEFFAINS B., « Common Law ou « droit des codes »: quel système est le plus efficace? », *Problèmes économiques*, n°2.872, 2005, p.2-8.

DEFFAINS B., FERREY S., « Théorie du droit et analyse économique », *Droits*, n°45, 2007, p.223-254.

DELMAS-MARSALET J., « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État », *Études et documents*, 1969, p.133-160.

DELVOLVE P., « La Cour d'Appel de Paris, juridiction administrative », in *Mélanges en l'honneur de J-M. Auby*, Paris, Dalloz, 1997, p.47-70.

DELVOLVE P., « Paradoxe du (ou paradoxe sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire », in *Le droit administratif. Mélanges en l'honneur de R. Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p.135-145.

DELVOLVE P., « Service public et libertés publiques », *RFDA*, 1985, p.1-11.

DEMSETZ H., « Barriers to Entry », *Am. Eco. Rev.*, vol.72, 1982, p.47-57.

DENORD F, A. SCHWARTZ, « L'économie (très) politique du traité de Rome », *Politix*, n°89, janvier 2010, p.35-56.

DENORD F., « Néo-libéralisme et « économie sociale de marché »: les origines intellectuelles de la politique européenne de la concurrence (1930-1950) », *HES*, n°1, 2008, p.23-31.

DEPEYRE C., DUMEZ H., « Le rôle du client dans les stratégies de coopération », *Revue française de Gestion*, n°176, 2007, p.99-110.

DEPEYRE C., DUMEZ H., « Qu'est-ce qu'un marché? Un exercice Wittgensteinien », in A. Hatchuel, O. Favereau, F. Aggeri (dir.), *L'activité marchande sans le marché? Colloque de Cerisy*, Presses des Mines, 2010, p.211-228.

DESCHAMPS M., MARTY F., « Les politiques de concurrence sont-elles réductibles à la théorie économique appliquée? Réflexions autour de l'affaire Microsoft », in *Cahiers de Méthodologie juridique*, n°22, 2008, p.2571-2593.

DESCHAMPS M., MARTY F., « L'analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit? », *Cahiers de méthodologie juridique*, n°22, 2008, p.2541-2569.

DEZALAY Y., « Des justices du marché au marché international de la justice », *Justices*, n°1, 1995, p.121-133.

DI QUAL L., « Le principe d'égalité en matière de dirigisme économique », in *Mélanges en l'honneur de E. Giraud*, 1966, p.131-145.

DIRECTOR A., LEVI E., « Law and the Future: trade Regulation », *Northwestern University Law Review*, vol.51, 1956, p.281-296.

DOBBIN F., DOWD T.J., « The Market that Antitrust Built: Public policy, Private Coercion and Railroad Acquisitions, 1825 to 1922 », *American Sociological Review*, vol.65, 2000, p.631-657.

DRAGO R., « La réforme du Conseil d'État (décrets du 30 juillet 1963) », *AJDA*, 1963, p.524-536.

DRAGO R., « Incidences contentieuses des attributions consultatives du CE », in *Le juge et le droit public. Mélanges en l'honneur de Marcel Waline*, Paris, L.G.D.J., T.II, 1974, p.379-388.

DRAGO R., « Le juge judiciaire, juge administratif », *RFDA*, n°5, 1990, p.757-763.

DRAGO R., « Un nouveau juge administratif », *Écrits en hommage à J. Foyer*, Paris, PUF, 1997, p.451-462.

DRAGO R., FRISON-ROCHE M-A., « Mystères et mirages des dualités des ordres de juridiction et de la justice administrative », *APD*, T.41, 1997, p.135-148.

DRAGO R., « La tenaille, réflexions sur l'état du droit administratif », in *Clés pour le siècle*, ed. Panthéon Assas Dalloz, 2000, p.436-442.

DRAHOS M., Van WAARDEN., « Courts and (epistemic) communities in the convergence of competition policies », *Journal of European Public Policy*, vol.9, décembre 2002, p.913-934.

DUBOCHET P., « Défense de la théorie normative du droit Commons et Hayek: droit spontané, institution et économie », *RRJ*, vol.1, 2003, p.1030-1068.

DUBOUIS L., « La France face à l'Europe du livre et de l'essence », *RFDA*, 1985, p.289-298.

DUMEZ H., JEUNEMAÎTRE A., « Concurrence et coopération entre firmes: les séquences stratégiques multidimensionnelles comme programme de recherche », *Finance Contrôle Stratégie*, vol.8, n°1, mars 2005, p.27-48.

DUMEZ H., JEUNEMAÎTRE A., « Rôle et statut des économistes dans les affaires de concurrence: leçons tirées de l'histoire américaine de l'industrie cimentière », *Rev.éco*, vol.52, n°6, 2001, p.1279-1297.

DUMOULIN L., « L'expertise judiciaire dans la construction du jugement: de la ressource à la contrainte », *Droit et Société*, n°44/45, 2000, p.199-223.

DUPRET B., « Droit et sciences sociales. Pour une respecification praxéologique », *Droit et Société*, n°75/2010, p.315-335.

DUPUIS-TOUBOL F., « Le juge en complémentarité du régulateur », *LPA*, n°17 du 23 janvier 2003, p.17-23.

ECKERT G., « L'égalité de concurrence entre opérateurs publics et privés sur le marché », in *Gouverner, administrer, juger. Mélanges en l'honneur de J. Waline*, Dalloz, 2002, p.207-220.

ECKERT G., « Le droit de la concurrence à la recherche de ses juges », *AJDA*, n°27, 2009, 1490-1492.

EILMANSBERGER T., « How to distinguish good from bad competition under article 82: in search of more coherent standards of anticompetitive abuses? », *CMLR*, 2005, p.129-177.

EISENMANN C., « Deux théoriciens du droit: Duguit et Hauriou », *Rev. Philosophique*, 1930, p.231-279.

EISENMAN C., « Droit public, droit privé (en marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIX au XXe siècle) », *RDP*, 1952, p.903-979.

EISENMANN C., « L'arrêt Montpeurt: légende et réalité », in *L'évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p.221-249.

EISENMANN C., « Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français », in *Mélanges en l'honneur de J. Maury*, Dalloz/Sirey, T.II, 1960, p.379-403.

EISENMANN C., « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD*, T. XI, 1966, p.25-43.

EISENMANN C., « Un dogme faux: l'autonomie du droit administratif », in *hommage à Sayagues-Laso*, 1969, p.419-438.

EISENMANN C., « La théorie des "bases constitutionnelles du droit administratif" », *RDP*, 1972, p.1345-1441.

EHLERMANN C-D., «The Contribution to EC competition policy to the single market», *CMLR*, 1992, p.257-282.

ELZINGA K., « The goal of antitrust other than competition and efficiency, what else counts? », *Pennsylvania Law review*, 1977, p.1191-1213.

ENCINAS de MUNAGORI R., « Qu'est-ce que la technique juridique? », *D.*, chroniques, 2004, p.711-717.

ENGLERRTH M., « L'analyse économique et comportementale du droit », *Problèmes économiques*, n°2.872, 2005, p.23-29.

FARJAT G., « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *RIDE*, 1986, p.9-43.

FARJAT G., « La notion de droit économique », *APD*, T.37, 1992, p.27-68.

FASQUELLE D., « Des dommages et intérêts en matière concurrentielle », *RCC*, n°115, 2000, p.14-24.

FAVOREAU L., « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, n°13, 1980, p.17-26.

FAVOREAU L., « Le juge administratif a-t-il un statut constitutionnel? », in *Mélanges en l'honneur de J.M. Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p.112-128.

FAVOREAU L., « La constitutionnalisation du droit » in *L'unité du droit. Mélanges en l'honneur de R. Drago*, Paris, Economica, 1997, p.25-42.

FAVOREAU L., « Le juge administratif et le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs », in *Mélanges en l'honneur de P. Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p.297-313.

FELDMAN J-P., « Scholies sur l'interprétation du droit selon Hayek », *Droits*, n°33, 2001, p.181-191.

FLAUSS J-F., « Dualité des ordres de juridiction et Convention Européenne des Droits de l'Homme », in *Gouverner, administrer, juger. Mélanges en l'honneur de J. Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p.523-246.

FLIGSTEIN N., « Markets as Politics: a political-cultural approach to market institutions », *American Sociological Review*, vol.61, n°4, 1996, p.656-673.

FLIGSTEIN N., MARA-DRITA I., « How to Make a Market: Reflexions on the European Community's Single Market Program », *American Journal of Sociology*, vol.102, n°1, 1996, p.1-33.

FLYNN J., PONSOLDT J., « Legal reasoning and the jurisprudence of vertical restraints: the limitations of neoclassical analysis in the resolution of antitrust disputes » *N.Y.L.Rev*, vol.62, 1987, p.1125-1152.

FOCSANEANU L., « L'abus de position dominante après l'arrêt Continental can », *RMC*, 1973, p.145-159.

FORRESTER I., KOMNINOS A., « Agenda de Lisbonne et droit de la concurrence », *Concurrences*, n°3, 2006, p.1-2.

FOUGÈRE L., « 1790-1990, deux siècles de dualisme juridictionnel », *AJDA*, n°5, 1990, p.579-580.

FOURGOUX J-C., « Quel rôle désormais pour les juridictions nationales dans le cadre du règlement n° 1/2003 sur les règles de concurrence? », *RLC*, n°4, 2005, p.123-125.

FOYER J., « La justice: histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs*, n°16, 1981, p.17-29.

FRISON-ROCHE M-A., « Le poids des idées dans la répartition des compétences entre juges judiciaire et administratif en matière de concurrence au regard de la loi du 8 février 1995 », *Gaz. Pal.*, n°78 du 1<sup>er</sup> juillet 1995, p.755.

FRISON-ROCHE, M-A., « Vers un droit processuel économique », *Justices*, n°1, 1995, p.91-105.

FRISON-ROCHE.M-A., « Le modèle de marché », *APD*, T.40, 1995, p.286-313.

FRISON-ROCHE M-A., « Le juge du marché », *RJCom*, novembre 2002, p.44-60.

FRISON-ROCHE M-A., « Le juge et le sentiment de justice », in *Le juge et le droit de l'économie. Mélanges en l'honneur de P. Bézard*, Paris, Montchrestien, 2002, p.42-53.

FRISON-ROCHE M-A., « Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative, mise en regard de la jurisprudence judiciaire », in *Le droit au défi de l'économie*, Y. Chaput (dir.), Presses de la Sorbonne, 2002, p.45-60.

FRYDMAN R., « Individu et totalité dans la pensée libérale. Le cas de F. A Hayek », *Cah. d'éco. polt.*, n°16-17, p.91-127.

GABEL M., LASSERRE R., « Expertise et conseil en Allemagne: gérer l'abondance », *Problèmes économiques*, n°2.912, 2006, p.10-16.

GARY E., MERCER D., « Experts and expertise in legal and regulatory settings » *Expertise in regulation and law*, edited by Gary Edmond, ed. Ashgate, 2004, p.1-31.

GAUDEMET P-M., « La planification économique et les transformations du droit public français », in *Mélanges en l'honneur de W. J. Ganshof Van der Meersch*, T.3, 1972, p.493-508.

GAUDEMET Y., « L'avenir de la juridiction administrative », *Gaz. Pal.*, T.II, 1979, p.511-519.

GAUDEMET Y., « Conflit de compétence et droit de la concurrence sur une équivoque », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs. Mélanges en l'honneur de R. Perrot*, Paris, Dalloz, 1995, p.121-129.

GAUDEMET Y., « Monde économique et justice administrative: la mesure d'une critique », *Justices*, n°1, 1995, p.45-52.

GAUDEMET Y., « Le juge administratif, une solution d'avenir? », in *Clés pour le siècle*, ed. Panthéon Assas Dalloz 2000, p.1213-1220.

GERBER D., « Courts as Economic expert in European merger Law », in *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, (ed.) B. Hawk, 2004, p.475-494.

GERBER D., « The transformation of European Community Competition Law? », *Harv. Int. L. Journal*, vol.35, 1994, p.97-147.

GERBER D.J., « Constitutionalizing the economy: the German neo-liberalism, competition law and the « New Europe », *American Journal of comparative law*, vol.32, 1994, p.25-84.

GERBER D., « Law and the abuse of economic power in Europe », *Tul. L. Rev.*, 1987, p.57-104.

GHESTIN J., « Droit public, droit privé, institutions publiques, institutions privées, le point de vue d'un privatiste », in *La pensée de C. Eisenmann*, P. Amselek (dir.), PUAM, Economica, 1986, p.157-165.

GLAIS M., « Analyse économique de la définition du marché pertinent: son apport au droit de la concurrence », *Économie rurale*, n°277-278, 2003, p.23-44.

GLAIS M., « L'application du règlement communautaire relatif au contrôle des concentrations: premier bilan », *REI*, vol.60, 1992, p.94-115.

GLAIS M., « Les apports théoriques récents en économie industrielle et la nouvelle gestion de la politique de la concurrence », *REI*, vol.51, n°1, 1990, p.255-275.

GLAIS M., « Les fondements micro-économiques de la jurisprudence concurrentielle (française et européenne) », *Rev.éco*, n°1, janvier 1987, p.75-115.

GROSHENS J-C., « Réflexions sur la dualité de juridiction », *AJDA*, 1963, p.536-540.

GUEZOU O., « Droit de la concurrence et contrats publics » in *Contrats publics. Mélanges en l'honneur de Michel Guibal*. Presses de la Faculté de Montpellier, vol. I, 2006, p.107-140.

GYSELEN L., « L'applicabilité des règles de concurrence communautaire à des régimes de protection sociale », in *Mélanges en l'honneur de Michel Waelbroeck*, Bruylant, T.II, 1999, p.1071-1099.

HALPERIN J-L., « 1789-1815: un quart de siècle décisif pour les relations entre pouvoir et justice en France », *Justices*, n°3, p.13-23.

HANNOUN C., « Les fictions en droit économique », *Droits*, n°20, 1994, p.83-93.

HANNS U., « L'ordre concurrentiel: variation sur un thème de Nice », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur de A. Pirovano*, Paris, ed. Frison-Roche, 2003, p.663-686.

HATCHUEL A., « Activité marchande et prescription: à quoi sert la notion de marché? », in A. Hatchuel, O. Favereau, F. Aggeri (dir.), *L'activité marchande sans marché? Colloque de Cerisy*, Presses des Mines, 2010, p.159-179.

HAWKS B., « The American (Antitrust) Revolution: Lessons for the EEC », *ECLR*, 1988, vol.9, p.53-87.

HEATH J., « Business Ethics and moral motivations: a criminological perspectives », *Journal of Business Ethics*, vol.83, 2008, p.595-614.

HEGSELMANN R., « La critique de la métaphysique par le cercle de Vienne et ses conséquences pour l'éthique », in J. SEBESTIK, A. SOULEZ (dir.), *Le Cercle de Vienne, doctrines et controverses*, L'Harmattan, 2001, p.239-252.

HEIL O., LANGVARDT A., « The interface between competitive market signaling and Antitrust Law », *The Journal of Marketing*, vol.58, n°3, 1994, p.81-96.

HEINEMANN A., « La nécessité d'un droit mondial de la concurrence », *RIDE*, 2004, p.293-324.

HEMPHILL T.A., « Antitrust, dynamic competition and business Ethics », *Journal of Business Ethics*, vol.50, n°2, 2004, p.127-135.

- HENRI J-P., « La fin du rêve prométhéen? Le marché contre l'État », *RDP*, 1991, p.631-656.
- HIRSCH J-P., « La concurrence: discours et pratiques, hier et aujourd'hui », *L'économie politique*, 1/2008, n°37, p.66-76.
- HOLMES O., « The path of law », *Harv. L. Rev.*, vol.10, 1897, p.457-478.
- HORNSBY S., « Public and private resale price maintenance system in the publishing sector: The need for equal treatment », *Eur. L. Rev.*, 1985, p.381-397.
- HORWITZ M., « Law and Economics: Science or politics? », *Hofstra. L. Rev.*, 1979-1980, p.905-912.
- HORWITZ M., « The legacy of 1776 in Legal and economic thought », *JEL*, 1976, p.621-632.
- HOVENKAMP H., « Chicago and its alternatives », *Duke Law Journal*, vol. 5, 1986 p.1014-1029.
- HOVENKAMP H., « Facts, value and Theory in Antitrust adjudication » *Duke Law Journal*, vol. 5, 1987 p.897-914.
- H. HOVENKAMP, « The antitrust movement and the rise of industrial organisation », *Texas. L. Rev.*, n° 68, 1989, p.105-168
- HOVENKAMP H., « Positivism in Law and Economics », *Cal. L. Rev.*, vol.78, n°4, 1990, p.815-852.
- HOVENKAMP H., « Law and economics in the United States: a brief historical survey », *Cambridge journal of economics*, vol.19, 1995, p.331-352.
- H. HOVENKAMP, « The First Great Law& Economics movement », *Stan. L. Rev.*, 1990, p.993-1059
- HUNT S., ARNETT B., « Competition as an Evolutionary Process and Antitrust Policy », *Journal of Public Policy & Marketing*, n°1, vol.20, p.15-26.
- IDOT L., « Objet anticoncurrentiel et entrave au commerce parallèle », *Europe*, déc.2009, comm. n°463.
- IDOT L., « Réflexions sur l'application de certains principes et notions du droit pénal en droit des pratiques anticoncurrentielles », in *Les droits et le droit. Mélanges en l'honneur de B. Bouloc*, Dalloz, 2006, p.451-487.
- IDOT L., « Nouvel épisode de l'adaptation du droit français au règlement n°1/2003: convergence confirmée, mais surtout centralisation surprenante! », *Europe*, n°2, février 2006, Alerte 5, p.2.
- IDOT L., « Le règlement 1/2003: vers une fédéralisation, une communautarisation, ou une renationalisation du droit de la concurrence? », in *Les dynamiques du droit européen en début du siècle. Mélanges en l'honneur de J-C. Gautron*, Paris, Pedone, 2004, p.117-135.
- IDOT L., « Propos introductifs au colloque internormativité et réseaux d'autorités: l'ordre communautaire et les nouvelles formes de relations entre les ordres juridiques », *LPA*, n°199 du 5 octobre 2004, p.39.
- IDOT L., « La notion d'entreprise en droit de la concurrence révélateur de l'ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur de A. Pirovano*, Paris, ed. Frison-Roche, 2003, p.523-545.

IDOT L., « Nouvel épisode dans les affaires Seb/Moulinex et Total/Fina/Elf ou comment le Tribunal exerce son contrôle sur les décisions de renvoi et les décisions relatives aux engagements », *Europe*, 2003, juin, n°7, p.7-11.

IDOT L., « Les limites et le contrôle de la concurrence dans la perspective d'harmonisation internationale », *RIDC*, vol.54, n°2, 2002, p.371-399.

IDOT L., « Europe et concurrence: le grand malentendu », *Europe*, août/sept.2005, Repères, p.3.

IDOT L., « Concurrence entre secteurs public et privé (en droit français et communautaire) », *RIDE*, n°2, 1994, p.449-468.

JACQUEMIN A., « Le droit économique, serviteur de l'économie? », *RTD.Com*, 1972, p.283-295.

JACQUEMIN A., « La Communauté européenne à la recherche d'une politique industrielle concertée », *REI*, n°23, 1983, p.119-125.

JACQUEMIN A., « Crise du gouvernement de l'économie et pouvoir judiciaire », in *Le droit économique et financier en 1985. Mélanges en l'honneur de R. Henrion*, Bruxelles, Bruylant, 1985, p.53-64.

JACQUEMIN A., « La dimension externe de la politique européenne de concurrence », *REI*, vol.63, 1993, p.272-281.

JANDA R., « État des réflexions sur l'analyse économique du droit, à travers deux ouvrages américains récents », *APD*, T.37, 1992, p.173-178.

JEAMMAUD A., SERVERIN E., « Évaluer le droit », *D.*, chroniques, 1992, p.263-269.

JENNY F., « Competition Law Enforcement: is economics expertise necessary? », in *International Antitrust Law and Policy: Fordham Corporate Law*, 1998, B. Hawks (ed), Juris Publishing New York, 1998, p.185-201.

JENNY F., « Le rôle de l'analyse économique dans le contrôle exercé par la Cour de cassation en matière de droit de la concurrence », *Concurrences*, n°4, 2007, p.27-35.

JOLIET R., « Monopolisation et abus de position dominante, essai comparatif sur l'article 2 du Sherman Act et l'article 86 du Traité de Rome », *RTDE*, 1969, p.645-696.

JOLIET R., « Faut-il qu'une concession de vente exclusive soit ouverte ou fermée? Réflexions à propos de l'arrêt Cadillon de la Cour de justice des communautés européennes », *RTDE*, 1971, p.814-818.

JOSSE P-L., « Le Conseil d'État devant les réalités économiques; ses méthodes de travail et son rôle », *Études et documents*, 1960, p.39-59.

KENNEDY D., MICHELMAN F., « Are property and contract efficient? », *Hofstra L. Rev*, 1980, vol.8, p.711-770.

KENNEDY D., « Cost-reduction theory as legitimation », *Yale. L. Jour*, vol.90, 1981, p.1275-1283.

KENNEDY D., « The Role of Law in Economic thought: Essay on the Fetishism of commodities », *American University Law Review*, vol. 34, 1985, p.939-1001.

KENNEDY D., « Law and Economics from the perspective of Critical Legal Studies », *The New Palgrave Dictionary of Economy and Law*, (dir.) P. NEWMANN, 1998, Palgrave Mac Millan, New York, 3 vol, vol.2, p.465-474.



KEPPLER J.H., « La quête d'une théorie de la concurrence empiriquement pertinente, les leçons de la concurrence monopolistique », *Rev.éco*, n°3, 2004, p.557-567.

KESSLER J-F., « La création de l'ENA », *Rev. adm*, juillet-août 1977, p.354-369.

KIRAT T., « Le pragmatisme, l'économie et l'intelligence des règles juridiques: leçons de la méthode institutionnaliste de J. R. Commons », *RIEJ*, n°42, 2001, p.1-22.

KIRAT T., « L'ordre concurrentiel au sein de la science juridique: l'analyse économique du droit », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur de A. Pirovano*, Paris, ed. Frison-Roche, 2003, p.339-349.

KIRAT T., « Richard Posner et le Pragmatisme », Communication à la journée d'étude *Pragmatisme et sciences sociales*, IDHE, ENS de Cachan, 11 avril 2005, p.1-15.

KIRZNER I., « Entrepreneurial discovery and the competitive market process: an Austrian Approach », *JEL*, vol.35, 1997, p.60-85.

KOLM S-C., « A quoi sert la science économique? », *Annales*, vol.30, n°1, 1975, p.123-136.

KOVAR, « Efficacité de la répression des ententes et protection juridique des intéressés: un équilibre difficile », *D.*, 1981, chroniques, p.133-138.

KOVAR R., « Droit communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *RTDE*, n°2, 1996, p.215-241.

KRECKE E., « De l'autonomie du droit à l'impérialisme économique: une réflexion sur le statut normatif des sciences juridiques modernes », in A. BERTHOUD, B. DELMAS, *et.al*, *Y a-t-il des lois en économie*, Septentrion, 2007, p.499-521.

LABETOULLE D., « L'avenir du dualisme juridictionnel: point de vue d'un juge administratif », *AJDA*, 2005, p.1770-1776.

LAFERRIERE F-J., « La dualité de juridiction, un principe fonctionnel? », in *L'unité du droit. Mélanges en l'honneur de R. Drago*, Paris, Economica, 1997, p.395-426.

LAGUEUX M., « Le néo-libéralisme comme programme de recherche et comme idéologie », *Cah. d'éco. polt*, n°16-17, 1989, p.129-152.

LAGUEUX M., « Peut-on séparer science et idéologie en économie? », *Revue de Philosophie économique*, n°11, 2005, p.85-111.

LAGUEUX M., « Popper and the rationality principle », in I. Jarvie, K. Milford, D. Miller (dir.), *Karl Popper: a centenary assessment*, vol. III, Aldershot, UK, Ashgate Publishing Ltd, 2006, p.197-208.

LANCASTER K., « A new Approach to Consumer Theory », *Journal of Political Economy*, vol.74, 1966, p.132-157.

LANDES W., POSNER R., « Market Power in antitrust market », *Harv. L. Rev*, vol. 94, 1981, p.937-996.

LAVAL C., « Mort et résurrection du capitalisme libéral », *MAUSS*, n°29, 2007, p.393-410.

LAZEAR E., « Economic Imperialism », *Quar. Jour. Econ*, 2000, vol.115, p.99-146.

LE MOËNNE C., « Les sciences sociales au risque de l'expertise commerciale? », *Sciences de la société*, n°32, p.5-10.

LEBRATY J., « Évolution de la théorie de l'entreprise, sa signification, ses implications », *Rev.éco*, n°1, 1974, p.1-29.

LEGAL H., « Quelle place pour l'analyse économique des aides d'État? », *Concurrences*, n°1 2006, p.69-73.

LEGAL H., « Le contentieux communautaire de la concurrence entre contrôle restreint et pleine juridiction », *Concurrences*, n°2/2005, p.1-2.

LEITER B., « Rethinking legal realism: toward a naturalized jurisprudence », *Texas L. Rev*, 1997, p.267-315.

LEITER B., « Legal Realism and Legal Positivism reconsidered », *Ethics*, vol.11, n°2, 2001, p.278-301.

LEMAIRE C., BLANC D., « Un nouvel essor des relations entre le Conseil de la concurrence et les juridictions en droit de la concurrence », *JCP E*, n°45, 2006, p.1879-1982.

LEONNET J., « Éthique et droit économique », in *Le juge et le droit de l'économie. Mélanges en l'honneur de P. Bézard*, Paris, Montchrestien, 2002, p.231-237.

LEPAGE H., « L'école de Chicago et la concurrence », *RCC*, n° 14, 1981, p.3-8.

LEPAGE H., « L'analyse économique et la théorie du droit de propriété », *Droits*, 1985, n°1, p.91-106.

LEPAGE H., « Le retour du droit naturel chez les libertariens », *Rev. d'histoire des facultés de droit*, 1989, n°8, p.167-185.

LEPETIT P., « Le rôle des think tanks », *Problèmes économiques*, n°2912, décembre 2006, p.2-5.

LESQUINS J-L., « L'établissement des pratiques anticoncurrentielles lors du procès civil », *LPA*, n° 14 du 21 janvier 2005, p.17-22.

LESQUINS J-L., « Innovation et délimitation du marché pertinent », *REI*, 1994, p.7-15.

LEUCHT B., SEIDEL K., « Du traité de Paris au règlement 17/1962: ruptures et continuités dans la politique européenne de concurrence, 1950-1962 », *HES*, n°1, 2008, p.35-46.

LEUCHT B., « Transatlantic Policy networks in the creation of first anti-trust law: between American Anti-trust and German Ordo-Liberalism », in W. KAISER, B. LEUCHT, *et.al*, *The History of European Union: Origins of Trans and Supranational polity, 1950-1972*, London, Routledge, 2008, p.56-73

LIARTE S., CAILLUET L., « Mais où s'affrontent les entreprises? De l'étude de la concurrence aux lieux de cette concurrence », *E&H*, n°53, avril 2008, p.7-11.

LIBMANN J., « La « politisation » des juges: une vieille histoire? », *Pouvoirs*, n°16, 1981, p.43-53.

LIEBELER W., « What are the Alternatives to Chicago? » *Duke Law Journal*, vol. 5, 1987, p.879-896.

LIESNER J., GLYNN D., « Does Anti-trust make economic sense? », *ECLR*, 1987, p.344-369.

LOCHAK D., « Les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées », *AJDA*, 1971, p.261-274.

LOCHAK D., « L'affaire du cartel du sucre. La lutte contre les ententes et les positions dominantes au niveau européen », *Droit rural*, 1973, p.287-297.

LOCHAK D., « Le principe de légalité: mythes et mystifications », *AJDA*, 1981, p.387-392.

LOCHAK D., « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire? », *Pouvoirs*, n°46, 1988, p.43-55.

LOCKHART J., « Le rôle de la science économique et des économistes dans les affaires de concurrence », *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de concurrence*, vol.1, n°1, 1999, p. 97-98.

LOMBARD M., « A propos de la liberté de la concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », *D.*, 1994, p.163-169.

LOMBARD M., « De Colbert à Posner: malentendu sur l'économie du droit », *Forum de droit international*, n°6, 2004, 81-87.

LONG M., « L'état actuel de la dualité de juridiction », *RFDA*, n°5, 1990, p.689-693.

LUHMANN N., « L'unité du système juridique », *APD*, T.31, p.163-188.

MACHLUP F., « The problem of verification in Economics », *Southern Journal of Economics*, vol.40, 1955, p.361-375.

MACKAAY E., « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste (une histoire stylisée de l'analyse économique du droit) », *RIDE*, 1986, p.43-88.

MACKAAY E., « Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste? », *RRJ*, 1987, p.419-427.

MACKAAY E., « Le droit saisi par le jeu », *Droit et Société*, n°17/18, 1991, p.65-89.

MANDEL M., « Going for the gold: Economists as Expert witnesses », *Journal of Economic Perspectives*, vol.13, n°2, 1999, p.113-120.

MARIMBERT J., « L'ampleur du contrôle juridictionnel sur le régulateur », *LPA*, n°17 du 23 janvier 2003, p.41-43.

MARIS B., « Rhétorique de l'expertise le cas de l'économie », *Sciences de la société*, n°32, 1994, p.71-84.

MASON E., « Monopoly in Law and Economics », *Yale Law Journal*, vol.47, 1937, p.34-49.

MAZEAUD H., « Défense du droit privé », *D.*, chroniques, 1946, p.17-18.

MAZERAS M-F., « Le dualisme juridictionnel en 2005, point de vue d'un juge judiciaire », *AJDA*, 2005, p.1777-1781.

Mc AFEE P., « L'utilisation abusive du droit de la concurrence à des fins stratégiques », *RCC*, 2005, n°143, p.7-11.

McCLOSKEY D., « The Rhetoric of Law and Economics », *Michigan Law Review*, vol. 86, n°4, p.752-767.

McNULTY P., « Theory and the Meaning of Competition », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 82, n°4, 1968, p.639-656.

MESCHERIAKOFF A-S., « L'arrêt Bac d'Eloka. Légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique », *RDP*, 1988, p.1059-1081.

MESTRE J-L., « Des précédents de la jurisprudence Giry (les juridictions judiciaires et le contentieux des collectivités locales au XIX siècle) », *RDP*, 1980, p.5-33.

MICHAUT F., « L'approche scientifique du droit chez les réalistes américains », *Théorie du droit et science*, P. Amselek (dir.), Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p.265-280.

MILLARD E., « L'analyse économique du droit: un regard empiriste critique », *Cahiers de Méthodologie Juridique*, n°22, 2008, p.2523-2528

MILLARD E., « Quelques remarques sur la signification politique de la théorie réaliste de l'interprétation », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p.725-734.

MODERNE F., « Le concept du service public à l'épreuve du marché unique européen », in *Mélanges. J. Mas, Economica*, 1996, p.239-252.

MONTALBAN M., RAMIREZ-PEREZ S., « EU Competition policy Revisited: Economic doctrines within European Political Work », *Biannual conference of society for Advanced Economics*, Paris, 16-18 juillet 2009, p.1-41.

MORAND C-A., « Régulation, complexité et pluralisme juridique », in *Mélanges en l'honneur de P. Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p 615-630.

MORANGE G., « Le déclin de la notion de service public », *D.*, chroniques, 1947, p.45-48.

MORGAN E., Mc GUIRE S., « Transatlantic divergence: GE Honeywell and the EU's Merger Policy », *Journal of European Public Policy*, vol.11, n°1, 2004, p.39-56.

MORVAN Y., « La politique industrielle française depuis la libération: quarante années d'interventions et d'ambiguïtés », *REI*, n°23, p.19-35.

MÖSCHEL W., « La déconcentration: un instrument efficace de la politique de concurrence? », *RTDCom*, 1982, p.383-396.

NELSON R., « Les limites de l'économie de marché », *Problèmes économiques*, n°2.862, novembre 2004, p.40-44.

NIZARD L., « À propos de la notion de service public: un juge qui veut gouverner », *D.*, chroniques, 1964, p.147-154.

NOLAN P., « Adam Smith et les contradictions du libre marché », *Problèmes économiques*, n°2.876, mars 2005, p.31-43.

NÖLKE A., WIGGER A., « Enhanced Roles of Private Actors in EU Business Regulation and erosion of Rhenish capitalism: the case of antitrust Enforcement », *Journ. Common. Market. Studies*, vol.42, n°2, 2007, p.487-513.

NORMAND J., « Les difficultés d'exécution des décisions de justice », *La terre, la famille, le juge: études offertes à H-D. Cosnard*, Paris, Economica, 1990, p.393-408.

NUSSENBAUM M., « Le rôle de l'expert économique », *RJCom*, novembre 2002, p.112-128.

NUSSENBAUM M., « Les difficultés de l'expertise en matière de pratiques anticoncurrentielles », *LPA*, n° 14, du 20 janvier 2005, p.37-45.

OPPETIT B., « Droit et économie », *APD*, T.37, 1992, p.17-26.

OPPETIT B., « Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique », *Justices*, n°1, 1995, p.53-59.

ORLEANS A., « Le tournant cognitif en économie », *REP*, vol 5,2002, p.717-738.

OST F., « Le milieu, un objet hybride qui déjoue la distinction public- privé », *Public-privé*, CURRAP, PUF 1995, p.97-107.

PARK H-J., « Can Business ethics be taught? A new model of Business Ethics Education », *Journal of Business Ethics*, vol.17, 1998, p.965-977.

PASTUREL M., « Entreprise et raisonnement économique. Quelle place dans le droit positif? L'exemple de la concurrence », in *Le juge et le droit de l'économie. Mélanges en l'honneur de P. Bézard*, Paris, Montchrestien, 2002, p.273-283.

PEDAMON M., « Le rôle consultatif général de la Commission de la Concurrence », in *Aspects actuels du droit commercial français. Mélanges en l'honneur de R. Roblot, L.G.D.J.*, 1984, p.139-157.

PELTZMAN S., « Aaron Director's influence on Antitrust Policy », *Journal of Legal Studies* vol.48, 2005, p.313-330.

PENARD T., SOUAM S., « Que peut bien apporter l'analyse économique à l'application du droit de la concurrence », *REP*, vol.112, n°6, 2002, p.863-887.

PERITZ R., « A counter history of Antitrust Law », *Duke Law Journal*, 1990, p.263-320.

PERROT A., VOGEL L., « Entente tacite, oligopole et parallélisme de comportement », *JCP E*, 1993, n°48, p.539-543.

PERROT A., « La politique de concurrence contribue-t-elle à la croissance économique? Une analyse à partir des cas américains et européens », *Économie publique*, n°12, 2003, p.25-37.

PERROT A., « Les gains d'efficacité, une situation contrastée en Europe », *RCC*, n°137, 2004, p.1-9.

PERROUX F., « Les formes de la concurrence dans le marché commun », *REP*, 1958, n°1, p.340-378.

PETOT J., « La naissance du pouvoir administratif dans la France moderne », in *Service public et libertés. Mélanges en l'honneur de R-E. Charlier*, Paris, ed. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p.257-288.

PFEFFERKORN R., « Adam Smith, un libéralisme bien tempéré », *Problèmes économiques*, n°2.898, p.41-47.

PFERSMANN O., « Arguments ontologiques et argumentation juridique », in P. LIVET (dir.), *L'argumentation. Droit, Philosophie et sciences sociales*, L'Harmattan/PUL, 2000, p.103-133.

PFERSMANN O., « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *analisi e diritto*, 2001, p.1-54.

PFERSMANN O., « Qu'entend-on exactement par l'expression « concurrence des systèmes juridiques », *Cahiers de Méthodologie Juridique*, n°22, 2008, p.2595-2602.

PHILLIPS A., STEVENSON R., « The historical development of industrial organization », *History of political economy*, vol.6, 1974, p.324-342.

PINTORE A., « Sur la philosophie italienne à tendance analytique », *Droit et Société*, n°23/24, 1993, p.199-212.

PIROVANO A., « Justice étatique, support de l'activité économique », *Justices*, n°1, p.5-33.

PITOFISKY R., « The Political content of Antitrust », *University of Pennsylvania Law Review*, vol.127, n°4, 1979, p.1051-1075.

POILLOT-PERUZZETO S., « Centralisation/décentralisation dans l'application des articles 81 et 82 du traité CE », *CCC*, juil/août 1999, p.1-2

POILLOT-PERUZZETO, « La politique de la concurrence », *RTD.Com*, 2003, p.392-409.

POSNER R., « Oligopoly and the Antitrust Law: a suggest approach », *Stan. L. Rev*, 1968-1969, p.1562-1606.

POSNER R., « The Economic approach to Law », *Texas. L. Rev*, vol.53, n°4, 1975, p.757-782.

POSNER R., « The Chicago School of antitrust analysis », *University of Pennsylvania Law Review*, vol.127, n°4, 1979, p.925-948.

POSNER R., « Utilitarianism, Economics, and Legal Theory », *Journal of Legal Studies*, vol.8, n°1, 1979, p.103-140.

POSNER R., « The Ethical and Political Basis of the efficiency Norm in Common Law Adjudication », *Hofstra. L. Rev*, vol.8, n°3, 1980, p.487-507.

POSNER R., « The decline of Law as an autonomous Discipline: 1962-1987 », *Harv. L. Rev*. vol.100, n°4, 1987, p.761-780.

POSNER R., « What Do Judges and Justices Maximize? (The same everybody Else does) », *Supreme Court Economic Review*, vol.3, n°1, 1993 p.1-41.

POSNER R., « The Law and Economics of the Economic Expert witness », *Journal of Economic Perspectives*, vol.13, n°2, 1999, p.91-99.

POSNER R., « The Value of Wealth: a Comment on Dworkin and Kronmann », *Journal of Legal Studies*, vol.9, n°2, 1980, p.243-252.

PRIEST G., « The Common Law Process and the selection of Efficient Rules », *Journal of Legal Studies*, vol.6, 1977, p.65-82.

PRIETO C., « Pouvoir de marché et liberté des entreprises, les fondements de la politique de concurrence », *D.*, 2006, p.1603.

PUIG R., « Monisme ou dualisme du droit de l'administration et unité ou dualité de juridiction en matière administrative », *REDP*, n°2, 2000, p.427-457.

PUTMAN E., « Droit de la concurrence et ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur de A. Pirovano*, Paris, ed. Frison-Roche, 2003, p.515-522.

RAINELLI M., « L'ordre concurrentiel : approche d'un économiste », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur de A. Pirovano*, Paris, ed. Frison-Roche, 2003, p.13-22.

RAMIREZ PEREZ S., « La mise en œuvre des règles de concurrence du traité de Rome », *E&H*, n°53, avril 2008, p.100-105.

RAPP R., « The application of economic argument in anti-trust cases: recent American trends », *ECLR*, vol. 9, 1988, p.207-226.

RAYNAUD F., « Monisme(s) ou dualisme(s)? », *REDP*, n°2, 2000, p.561-583.

RAYNOUARD A., « Vers la généralisation des réseaux d'autorités », *LPA*, n°199, du 5 octobre 2004, p.40-44.

RAYNOUARD A., « Faut-il avoir recours à l'analyse économique du droit (AED) pour assurer l'efficacité économique du droit? », *Cahiers de méthodologie juridique* n° spécial, *L'analyse économique du droit autour d'Ejan Mackaay*, 2009, p.2509-2521.

RICHER L., « Le juge économiste? », *AJDA*, 2000, p.703-705.

RICHER L., « L'application du droit de la concurrence aux marchés publics », *CJEG*, 1989, p.295-328.

RIEM F., « Concurrence effective et concurrence efficace? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil », *RIDE*, 2008/1, p.67-91.

RIVERO J., « Droit public et droit privé: conquête ou statu quo? », *D.*, chroniques, 1947, p.69-72.

RIVERO J., « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.*, chroniques, 1951, p.99-102.

RIVERO J., « Hauriou et l'avènement de la notion de service public », in *L'Évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p.461-471.

RIVERO J., « Action économique de l'État et évolution administrative », *Rev.éco*, 1962, p.996-896.

RIVERO J., « Le juge administratif: gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité? », in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, L.G.D.J., T.II, 1974, p.701-717.

RIVERO J., « La fin d'un absolutisme », *Pouvoirs*, n°13, 1980, p.5-15.

RIVERO J., « Nouveaux propos naïfs d'un huron sur le contentieux administratif », *EDCE*, 1979-1980, p.27-30.

ROMANO F., « La fusion Boeing/ MDD et l'accord conclu entre l'UE et les USA sur l'application des lois antitrust », *RDAI*, n°45, 1998, p.509-520.

ROWE F., « The decline of antitrust and the disillusion of models: the Faustian pact of Law and Economics », *Georgetown Law Journal*, 1983, p.1511-1559.

RUBIN P., « Why is Common Law Efficient », *Journal of Legal Studies*, vol.6, 1977, p.51-63.

RUEFF J., « Une mutation dans les structures politiques: le marché institutionnel des communautés européennes », *REP*, n°1, 1958, p.2-10.

RUEFF J., « La Cour et l'économie politique », in *Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 1965, p.13-30.

SAMUELS W., « The economy as a system of power and its legal bases: the legal economics of Robert Lee Hale », *Univ. Miami. L. Rev*, vol.27, 1973, p.262-369.

SAMUELS W., « The present state of institutional economics », *Cambridge journal of economics*, n°19, 1995, p.569-590.

SAMUELS W., « Law and Economic », in G.M. HODGSON, W. J. SAMUELS, *et.al* (ed), *The Elgar companion to institutional and evolutionary Economics*, Edward Elgard, 1994.

SARGOS P., « Points communs et divergences des deux ordres de juridictions », *AJDA*, 1990, p.585-590.

SAVATIER R., « Droit privé et droit public », *D.*, chroniques, 1946, p.25-28.

SAVY R., « La notion de droit économique en droit français », *AJDA*, 1971, p.132-138.

SCHAPIRA J., « Concepts économiques et droit européen », *JDI*, 1972, p.5-16.

SCHÖNWAL M., « Walter Hallstein et les institutions des communautés européennes », *Le couple France-Allemagne et les institutions européennes*, M-T.BITSCH (dir.), Bruylant, 2001, p.151-168.

SCHRANS G., « Droit économique de crise ou crise du droit économique? », in *Le droit économique et financier en 1985. Mélanges en l'honneur de R. Henrion*, Bruxelles, Bruylant, 1985, p.31-49.

SCHÖDERMEIER M., « Collective dominance revisited: an Analysis of the EC Commission's new concepts of oligopoly control », *ECLR*, vol.11, n°1, 1990, p.28-34.

SCHROEDER J., « Just so stories: Posnerian Methodology », *Cardozo Law Review*, vol.22, 2000/2001 p.351-423.

SCHUMACHER H., « Le système du droit de la concurrence », *RTDE*, 1971, p.40-52.

SELINSKY V., « Quand les juges du commerce appliquent le droit de la concurrence... », *RLC*, n°3, 2005, p.16-21.



SERBAT H. ALEXANDRE-CASELI C., « De l'incompréhension réductible entre recherche juridique et science économique », in *Droit et vie des affaires. Mélanges en l'honneur de A. Sayag*, Paris, Litec, 1997, p.83-96.

SÈVE R., « L'avenir libéral du droit », in *L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de F. Terré*, Paris, Dalloz, PUF, ed. Jurisclasseur, 1999, p.53-60.

SHEPHERD W., « Contestability» versus. Competition », *Am. Eco. Rev.*, vol.74, n°4, 1984, p.572-587.

SHMALENSEE R., « Another Look at the Market Power », *Harv. L. Rev.* 1982, p.1792.

SIBONY A-L., « Retour sur la méthode de qualification de prix prédateurs », *RLC*, 2007, n°12, p.17-25.

SIMON D., « La jurisprudence du Conseil d'État: le grand ralliement à l'Europe des juges? », *Europe*, n°3, 2007, p.5.

SIMON D., « Une théorie de l'intensité du contrôle juridictionnel est-elle possible? », *Europe*, 2000, Chronique, n°4, p.3-5.

SPELLIE R., « Competition Policy in the EC: a conference Report », *Gouvernement and Opposition*, 1985, vol.18, p.267-290.

SOLER-COUTEAUX P., « Réflexions sur le thème de l'insécurité du droit administratif ou la dualité moderne du droit administratif », in *Gouverner, administrer, juger. Mélanges en l'honneur de J. Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p.377-400.

SOUTY F., « Science économique et politique de la concurrence: consensus et divergences entre économistes américains », *RCC*, 1993, p.30-35.

STAHL J-H., « Le contrôle des décisions administratives à finalité concurrentielle: l'exemple des concentrations », *RCC*, n°116, 2000, p.17-22.

STIGLER G., « A theory of Oligopoly », *Journal of Political Economy*, vol.72, n°1, 1964, p.44-61.

STIGLER G., « The Economists and the Problem of Monopoly », *Am. Eco. Rev.*, vol.72, n°2, 1982, p.1-11.

STIGLER G., « The origin of Sherman Act », *Jour. Legal. Studies*, vol.14, 1985, p.1-12.

STIRN B., « Ordres de juridictions et nouveaux modes de régulation », *AJDA*, 1990, p.591-594.

STIRN B., « Quelques réflexions sur le dualisme juridictionnel », *Justices*, n°1, 1995, p.41-51.

STOCKING G. W., MUELLER W. F., « The Cellophane case and the new competition » *Am. Eco. Rev.*, vol.65, n°1, 1955, p.29-63.

STONE SWEET A., CAPORASO J., « La Cour de justice et l'intégration européenne », *RFSP*, vol.48, p.195-244.

STROWEL A., « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit (autour de Bentham et de Posner) », *APD*, T.37, 1992, p.143-171.

STUYCK J., « Libre circulation et concurrence: les deux piliers du marché commun », in *Mélanges en l'honneur de Michel Waelbroeck*, Bruylant, 1999, p.1477-1498.

SUEUR J-J., « Droit économique et méthodologie du droit », in *Philosophie du droit et droit économique; quels dialogues? Mélanges en l'honneur de G. Farjat*, Paris, ed. Frison-Roche 1999, p.291-308.

TELSER L., « Why Should Manufacturers want fair trade? », *Journal of Legal Studies*, vol.3, 1960, p.86-105.

TEMPLE-LANG J., « The Procedure of the Commission in Competition cases », *CMLR*, 1977, vol.14, p.155-173.

TESTU F-X., « La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique? », *D.*, chroniques, 1998, p.345-360.

TEUBNER G., « Les multiples corps du Roi: l'autodestruction de la hiérarchie du droit », *Philosophie du droit et droit économique quels dialogues? Mélanges en l'honneur de G. Farjat*, Paris, ed. Frison-Roche, 1999, p.309-329.

THERY I., « Expertises de services, de consensus, d'engagement: essai de typologie de la mission d'expertise en sciences sociales », *Droit et Société*, n°60, 2005, p.311-329.

THERY P., « Droit public et droit privé: l'évolution du droit processuel », in *La distinction droit public, droit privé: regards croisés français et britanniques*, J.B Auby et M. Freedland (dir.), ed. Panthéon-Assas, 2004, p.47-55.

THOUVENIN J-M., « L'arrêt Airtours du 6 juin 2002: l'irruption du juge dans le contrôle des concentrations entre entreprises », *RMCUE*, 2002, p.482-485.

TOLLISON R., « Public Choice and Antitrust », *The Cato Journal*, vol.4, 1985, p.905-932.

TORLEY DUWEL I., « Signification du mot « entreprise », dans le sens de l'Art. 85 du traité CEE, à propos d'accords entre sociétés mères et filiales entre elles », *RTDE*, 1966, p.400-408.

TRANTAFYLLOU D., « L'encadrement communautaire du financement du service public », *RTDE*, 1999, p.21-24.

TRANTAFYLLOU D., « Service public et concurrence. Déclin ou maintien des monopoles », *REDP*, n°4, vol.7, p.1025-1039.

TROPER M., « L'idéologie juridique », in G. Duprat (dir.), *Analyse de l'idéologie*, T. 1, Paris, Galilée, 1980, p.221-234.

TROPER M., « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs*, n°16, 1981, p.5-15.

TROPER M., « La distinction droit public-droit privé et la structure de l'ordre juridique », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. « Leviathan », 1994, p.183-198.

TRUCHET D., « Réflexion sur le droit économique public en droit français », *RDP*, n°4, 1977, p.1010-1042.

TRUCHET D., « Fusionner les juridictions administrative et judiciaire », in *Mélanges en l'honneur de J-M. Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p.335-345.

TRUCHET D., « État et marché », *APD*, T.40, 1995, p.314-325.

TRUCHET D., « La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire? », in *Clés pour le siècle*, ed. Panthéon Assas/ Dalloz, 2000, p.443-464.

TRUCHET D., « Le mythe de l'unification du contentieux de la concurrence », in *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de B. Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p.539-553.

TRUCHET D., « La distinction du droit public et du droit privé dans le droit économique », in *La distinction droit public, droit privé: regards croisés français et britanniques*, J-B Auby et M. Freedland (dir.), ed. Panthéon-Assas, 2004, p.57-67.

TRUCHET D., « Quelques remarques sur la doctrine en droit administratif », in *Mélanges en l'honneur de P. Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p.769-777.

TURCEY V., « À propos de la conception française de la séparation des pouvoirs », *Gaz. Pal*, novembre 1990, p.519-520.

VAN CAYSELE P., VAN Den BERGH R., « Antitrust Law », in *B. Bouckaert, De Geest G, ed. Encyclopedia of Law an Economics*, (Kluwer), 2000, Edward Elgar pub, Northampton, 5 volumes p.467-492.

VAN De KERCHOVE M., « La pyramide est-elle toujours debout? », in *Mélanges en l'honneur de P. Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p.471-479.

VAN Den BERGH R., « Le droit civil face à l'analyse économique du droit », *RIDE*, n°1, p.229-254.

VAN LANG A., « Débat sur l'avenir du dualisme juridictionnel », *AJDA*, 2005, p.1760-1766.

VAN OMMESCHLAGHE P., « L'application des articles 85 et 86 du Traité de Rome aux fusions, aux groupes de sociétés et aux entreprises communes », *RTDE*, 1967, p.457-506.

VAN OMMESLAGHE P., « Les articles 85 et 86 du traité de Rome à travers les arrêts de la Cour de Justice et les décisions de la Commission », *CDE*, n°4, 1973, p.383-460, et n°5, p.548-590.

VANDENCASTEELE A., « La part de marché est-elle la clé de voûte du droit européen de la concurrence », in *Mélanges en l'honneur de Michel Waelbroeck*, Bruylant, 1999, p.1561-1587.

VEDEL G., « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif », in *Le juge et le droit public. Mélanges en l'honneur de Marcel Waline*, Paris, L.G.D.J., T.II, 1974, p.777-793.

VEDEL G., « Le droit économique existe-t-il? », in *Mélanges en l'honneur de P. Vigreux*, Toulouse IPA-IAE, T.II, 1981, p.767-783.

VEDEL G., « La loi des 16-24 août 1790: texte? Prétexte? Contexte? », *RFDA*, n°5, 1990, p.698-711.

VEDEL. G., « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Le droit administratif. Mélanges en l'honneur de R. Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p.647-671.

VEGARA F., « Libéralisme: mythes et réalités », *Alternatives économiques*, n°249, juillet /août 2006, p.92-94.

VELLEY S., « La constitutionnalisation d'un mythe: justice administrative et séparation des pouvoirs », *RDP*, 1989, p.767-783.

VENEZIA J-C., « Puissance publique, puissance privée », in *Mélanges en l'honneur de C. Eisenmann*, Paris, ed. Cujas, 1975, p.363-378.

VENEZIA J-C., « Sur le degré d'originalité du contentieux économique », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges en l'honneur de Michel Stassinopoulos*, Paris, L.G.D.J., 1974, p.147-164.

VER LOREN VAN THEMAAT P., « L'économie à travers le prisme du juriste », *RIDE*, vol.2, 1989, p.133-162.

VERGOUSTRETE I., « Le juge économique : juge ou gestionnaire », in *Le droit économique et financier en 1985. Mélanges en l'honneur de R. Henrion*, Bruxelles, Bruylant, 1985, p.75-90.

VESTERDOF B., « Economics in court: reflections on the role of judges in assessing economic theories and evidence in the modernized competition regime », in *Liber Amicorum Sven Norberg*, Bruylant, 2006, p.511-530.

VEZZOSO S., « Une perspective économique évolutionniste à l'égard des restrictions verticales », *RIDE*, 2008, p.315-333.

VOGEL L., « Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence », *JCP G*, I-3737, 1994.

VOGEL L., « L'économie, serviteur ou maître du droit? », in *Une certaine idée du droit. Mélanges en l'honneur de A. Decocq*, Paris, Litec, 2004, p.605-614.

VOGEL L., « Les règlements d'exemptions «nouvelle génération» », *RCC*, janvier 2005, p.2-7.

WAELEBROECK M., « Les rapports entre règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de la concurrence applicables aux entreprises de la CEE », in *Liber amicorum P. Pescatore* Baden-Baden, 1987, Nomos Verlagsgesellschaft p.781-803.

WAELEBROECK M., TAGARAS H., « Les autorités nationales de concurrence et l'article 234 du traité. Un étrange arrêt de la Cour de justice », *CDE*, 2005, n° 3-4, p.465-492.

WAELEBROECK M., « Le problème de la validité des ententes économiques dans le droit privé du marché commun », *Rev. critique de drt. Int. Privé*, 1962, p.415-443.

WALINE M., « À propos du rapport entre la règle de droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridiction compétent », *RDP*, 1961, p.8-20.

WALINE J., « Droit public, droit privé, institutions publiques, institutions privées, le point de vue d'un publiciste », in *La pensée de C. Eisenmann*, P. Amselek (dir.), PUAM, Economica, 1986, p.147-156.

- WALINE J., « L'application du droit commercial aux personnes publiques », in *Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p.1103-1114.
- WARLOUZET L., « Europe de la concurrence et politique industrielle communautaire, la naissance d'une opposition au sein de la CEE dans les années 1960 », *HES*, n°1, 2008, p.47-61.
- WARLOUZET L., « Introduction », *HES, n° spécial sur la politique de concurrence*, mars 2008, p.3-6.
- WEIL P., « A propos de l'application par les tribunaux judiciaires des règles du droit public, ou: les surprises de la jurisprudence Giry », *Mélanges en l'honneur de C. Eisenmann*, Paris, ed. Cujas, 1977, p.379-395.
- WEILER J. H. H., « Une révolution tranquille. La CJCE et ses interlocuteurs », *Politix*, vol.8, n°32, 1995, p.119-138.
- WHITE H., « Where do Markets Come From? », *American Journal of Sociology*, vol.87, n°3, 1981, p.517-547.
- WIEDERKHER G., « Qu'est-ce qu'un juge? », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs. Mélanges en l'honneur de R. Perrot*, Dalloz, 1996, p.575-586.
- WIEFARD W., « Conseil économique institutionnel: trois pays, trois modèles », *Problèmes économiques*, n°2.912, 2006, p.17-22.
- WILKS S., « Agency Escape: decentralization or dominance of European Commission in the modernization of Competition Policy? », *Governance*, vol.18, n°3, July 2005, p.431-452.
- WILLIAMSON O., « Economies as an antitrust defence: the welfare tradeoffs », *Am. Eco. Rev.*, vol.58, n°1, 1968, p.18-36.
- WILLIAMSON O., « Economies as an Antitrust Defence revisited », *University of Pennsylvania Law Review*, vol.125, n°4, 1977, p.699-736.
- WILLIAMSON O., « Delimiting antitrust », *Georgetown Law Journal*, vol.76, 1987, p.271-302.
- WINTGENS L., « Les possibilités et les limites du langage libéral », *APD*, T.37, 1992, p.206-236.
- WITSCHKE T., « The first antitrust law in Europe, success or failure? Origins and application of Merger control Policy of the High Authority of Coal and Steel Community, 1950-1963 », *EBHA Conference, Business and Knowledge*, July 2001, p.2-31.
- WOEHLING J-M., « Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croisée des chemins » in *Service public et libertés. Mélanges en l'honneur de R-E. Charlier*, ed. de l'Enseignement de l'Université Moderne, 1981, p.341-368.
- WOLFF R., « The efficiency illusion », in E. FULLBROOK (ed), *A guide to what's wrong with economics*, Anthem Press, 2005, p.169-175.

WOLFELSPERGER A., « L'économie normative comme éthique minimaliste », in A Leroux, A. Marciano, *Traité de philosophie économique*, De Boeck Université, 1999, p.171-196.

## Ouvrages

- AARNIO A., *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit* (trad. G. Warland), Bruxelles, Paris, Story-Scientia, LGDJ, 1992, 303 p.
- AKERLOF G., CHILLER R., *Les esprits animaux: comment les esprits animaux mènent la finance et l'économie*, Paris, Pearson Education, 2009, 293 p.
- ALLAND D., RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF/LAMY, 2003, 1649 p.
- AMATO G., *Antitrust and the Bounds of Power, The Dilemma of liberal democracy in the History of the Market*, Hart Publishing, Oxford, U.K, 1997, 133 p.
- AMATO G., EHLERMANN C-D., *EC Competition Law: A critical assessment*, Hart Publishing, 2007, 836 p.
- ANCEL P., RIVIER M-C., *Les divergences de jurisprudence*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003, 372 p.
- APD (Collectif), T. 37, Paris, *Droit et Économie*, Sirey, 1992, 430 p.
- ARCELIN L., *Droit de la concurrence: les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire*, PUR, 2009, 260 p.
- ARCELIN L., *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Litec, 2003, 554 p.
- ARENA R., DE BRANDT J., BENZONI L., *Traité d'économie industrielle*, Economica, 1991, 10001 p.
- ARMENTANO D., *Antitrust and Monopoly, anatomy of a policy failure*, The independent institute, 1996, 312 p.
- AUBY J-B., FREEDLAND M., *La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques*, Paris, ed. Panthéon Assas, 2004, 245 p.
- AUBY J-B., KIRAT T., *Le contenu et la portée économique des règles de droit. Application à la répartition des risques dans les contrats administratifs*, G.I.P. Mission de recherche Droit et Justice, octobre 2003, 336 p.
- AUBY J-B., *La globalisation, le droit, l'État*, Paris, Montchrestien, coll. « Clefs », 2003, 158 p.
- AUDIER S., *Le colloque Lippmann. Aux origines du néolibéralisme*, Le bord de l'eau, 2008, 354 p.
- AUSTIN J.L., *Quand dire, c'est faire*, Seuil, 1970, 203 p.
- AUTIN J-L., RIBOT C., *Droit administratif général*, 5<sup>e</sup> ed. Litec, 2007, 417 p.
- AYER A.J., *Langage, logique et vérité*, Paris, Flammarion, 1956, 254 p.
- BARTHE D., *La situation de l'entreprise victime d'une pratique anticoncurrentielle devant les autorités de concurrence*, PUAM, 2000, 495 p.
- BASTIAT F., *Harmonies économiques*, in *Œuvres complètes*, Guillaumin et Cie, 1864, 656 p.
- BECKER G., *The Economic approach to Human Behavior*, University of Chicago Press, 314 p.
- BELLIS J-F., VAN BAEL I., *Droit de la concurrence de la Communauté économique européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1990, 1284 p.
- BENTHAM J., *De L'ontologie et autres textes sur les fictions*, (trad. J-P. Cléro et C. Laval), ed. Seuil, 1997, 287 p.
- BERLE A., MEANS G., *The Modern corporation and private property*, Transaction Publishers, 1991, 426 p.

BERROD F., *La systématique des voies de droit communautaire* Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2003, 1136 p.

BERTHOUD A., DELMAS B., *Y a-t-il des lois en économie*, PUS, 2007, 644 p.

BESANCENOT D., HUYNH K., *Économie industrielle*, Bréal, 2004, 216 p.

BIENAYME A., *Principes de concurrence*, Economica, 1998, 470 p.

BLAISE J-B., *Le statut juridique des ententes économiques en France et dans les États de la CEE*, Paris, Librairies Techniques, 1964, 439 p.

BLUMANN C., DUBOUIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3<sup>e</sup> ed. Litec, 2007, 676 p.

BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, (Trad M. Guéret, C. Agostini), L.G.D.J., coll. « La pensée juridique », 1998, 283 p.

BOURCIER D., De BONIS M., *Les paradoxes de l'expertise, savoir ou juger?* Institut Synthélabo pour le progrès de la connaissance, coll. « les empêcheurs de tourner en rond », 1999, 128 p.

BOUTARD LABARDE M-C., CANIVET G., *Droit français de la concurrence*, Paris, LGDJ, 1994, 378 p.

BOUVERESSE A., *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire* Bruxelles, Bruylant, 2010 641 p.

BRAULT D., *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, L.G.D.J., 2004, 776 p.

BRILL J-P., GYSELEN L., et al, *L'incidence du droit communautaire de la concurrence sur le droit des sociétés*, Dalloz-Sirey, 1992, 157 p.

BROZEN Y., *Concentration, Merger and Public policy*, New York, MacMillan, 1982, 425 p.

BRUNET F., CANIVET G., *Le nouveau droit communautaire de concurrence*, LGDJ/Lextenso, 2008, 723 p.

BRUNET P., MOULIN R., *Droit public des interventions économiques*, L.G.D.J, 2007, 327 p.

BUCHANAN J., *Les limites de la liberté, entre l'anarchie et le Léviathan*, Litec, 1992, 207 p.

BUCHANAN J., TULLOCK G., *The Calculus of Consent: logical foundations of Constitutional democracy*, University of Michigan Press, 1972, 361 p.

BURDEAU F., *Histoire du droit administratif*, P.U.F., 1995, 494 p.

CAILLOSSE J., *La Constitution imaginaire de l'administration: recherche sur la politique du droit administratif*, P.U.F., coll. « Les voies du droit », 2008, 421 p.

CAMPAGNOLO G., « *Seuls les extrémistes sont cohérents...* », *Rothbard et l'École austro-américaine dans la querelle de l'herméneutique*, ENS ed., 2006, 171 p.

CAMPAGNOLO G., *C. Menger, entre Aristote et Hayek*, CNRS ed., 2008, 236 p.

CANIVET G., DEFFAINS B., *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, ed. Cujas, 2002, 396 p.

CANIVET G., IDOT L., et.al, *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, évolution et perspectives*, Litec, 2008, 177 p.

CARLTON D., PERLOFF J., et.al, *Économie industrielle*, De Boeck, 2008, 1086 p.

CAUDAL S., *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, 384 p.

CEIE, *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, G. Eckert, Y. Gautier, R. Kovar et D. Ritleng (dir.), PUS, 2007, 459 p.

Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie (CURAPP), *Public/Privé*, P.U.F., 1995, 230 p.

Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie (CURAPP), *Le droit administratif en mutation*, 1993, 321 p.

Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie (CURAPP), *La doctrine juridique*, P.U.F., 1993, 287 p.

CHABANOL D., *La pratique du contentieux administratif*, 8<sup>e</sup> ed., Litec, 2009, 521 p.

CHAGNY M., *Droit communautaire et droit commun des obligations*, Dalloz, 2004, 1108 p.

CHAPUS R., *Droit administratif général, T.1*, 15<sup>e</sup> ed., Montchrestien, 2001, 1427 p.

CHAPUS R., *Droit administratif général, T2*, 15<sup>e</sup> ed., Montchrestien, 2002, 797 p.

CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, 13<sup>e</sup> ed., Montchrestien, 2008, 1560 p.

CHARAUDEAU P., MAINGUENAU D., *Dictionnaire d'analyse du discours*, Seuil, 2002, 661 p.

CHEROT J-Y., *Droit public économique*, Economica, 2007, 1032 p.

CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, Paris, 2<sup>nd</sup> ed., L.G.D.J., coll. « Droit et Société », 2004, 232 p.

CHIFFLOT N., *Le droit administratif de Charles Eisenmann* Paris, Dalloz, 2009, 450 p.

CINI M., *Competition Policy in the European Union*, 2<sup>nd</sup> ed., Palgrave Macmillan, 2009, 249 p.

CINI M., *European Union Politics*, Oxford University Press, 440 p.

CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence, Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », vol.51, 2006, 1044 p.

CLEMENT B., *La libre concurrence* Paris, PUF, coll. « Que sais-je » 1977, 126 p.

COHEN-TANUGI L., *Le droit sans l'État*, Paris, P.U.F., coll. « Quadriga », 1992, 206 p.

COLLET M., *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, L.G.D.J, 2003, 397 p.

COMMAILLE J., CHAZEL F., *Normes juridiques et régulation sociale*, L.G.D.J., coll. « Droit et Société », 1998, 426 p.

COMMUN P. (dir.), *L'ordolibéralisme allemand: aux sources de l'économie sociale de marché*, CIRAC/CICC, 2003, 272 p.

Commission des communautés européennes, 1<sup>er</sup> rapport sur la politique de concurrence, Bruxelles, 1971

Commission des communautés européennes, 22<sup>e</sup> rapport sur la politique de concurrence, Bruxelles, 1992

Commission des communautés européennes, 26<sup>e</sup> rapport sur la politique de concurrence, Bruxelles, 1996.

Commission européenne, Livre blanc: croissance, compétitivité, emploi: les défis et les pistes pour entrer dans le XXI<sup>e</sup> siècle, 160 p.

Commission européenne, *La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial: renforcement de la coopération et des règles au niveau international, rapport du groupe des experts*, Luxembourg, office des publications officielles des Communautés européennes, 1995, 67 p.

Commission européenne, *La politique de concurrence en Europe et le citoyen*, Luxembourg, office des publications officielles des Communautés européennes, 2000, 43 p.

Commission européenne (Direction générale de la concurrence), *Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne: antitrust et contrôle des opérations de concentration*, Luxembourg, office des publications officielles des Communautés européennes, 2002, 560 p.

Conseil d'analyse économique (CAE), *Politiques industrielles pour l'Europe*, E. Cohen, J-H. Lorenzi (dir.), Paris, La documentation française, 2000

Conseil d'analyse économique (CAE), *Politiques de la concurrence*, D. Encaoua, R. Guesnerie (dir.), Paris, La documentation française 2006

Conseil de la concurrence, Rapport d'activité, 1987, DJO, Paris, 1988

Conseil de la concurrence, Rapport d'activité, 1988, DJO, Paris, 1989

Conseil de la concurrence, Rapport d'activité, 1989, DJO, Paris, 1990



Conseil de la concurrence, études thématiques: « Le marché pertinent » in, *Rapport annuel*, 2001, Paris, La documentation française, 2001

Conseil de la concurrence, études thématiques: « Les remises, rabais et ristournes en droit de la concurrence », in *Rapport annuel*, 2004, Paris, La documentation française, 2004

Conseil de la concurrence, études thématiques: « Objets, effets et intention anticoncurrentiels; les monopoles publics dans le jeu concurrentiel », in *Rapport annuel*, 2003, Paris, La documentation française, 2003

Conseil d'État, *Rapport public 1992: sur le droit communautaire*, Paris, La documentation française, 1993

Conseil d'État, *Rapport public 1994: service public, services publics: déclin ou renouveau* Paris, La documentation française, 1995

Conseil d'État, *Rapport public, 1999: réflexions sur l'intérêt général*, Paris, La documentation française, 2000

Conseil d'État, *Rapport public 2002: collectivités publiques et droit de la concurrence*, Paris, La documentation française, 2002

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, 7<sup>e</sup> ed., P.U.F., 2005, 970 p.

COURNOT A., *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*, Paris, Dunod, 2001, 145 p.

COUTU M., *Max Weber les rationalités du droit*, L.G.D.J./Montchrestien, 1998, 257 p.

CUCINOTTA, PARDOLESI R., *et.al, Post-Chicago developments in Antitrust Law*, Edward Elgard, 2003, 256 p.

CURAPP, *Le droit administratif en mutation*, P.U.F., 1993, 321 p.

De LAUBADERE A., *Droit public économique*, 5<sup>e</sup> ed., Dalloz, 1986, 901 p.

DECKER C., *Economics and the Enforcement of European Competition Law*, Edward Elgar Publishing, 2009, 320 p.

DECOCQ A., DECOCQ G., *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 3<sup>e</sup> ed., Paris, LGDJ/Lextenso, 2008, 627 p.

DEFFAINS B., E. LANGLAIS, *et.al, Analyse économique du droit: principes, méthodes, résultats*, De Boeck, 2009, 407 p.

DG Competition discussion paper on the application of article 82 of the treaty to exclusionary abuses, Brussels, December 2005, 72 p.

DELVOLVE P., *Droit public de l'économie*, Dalloz, coll. « Précis », 1998, 799 p.

DEMEULENAERE P., *Homo oeconomicus, enquête sur la constitution d'un paradigme*, P.U.F., 1996, 288 p.

DEMSETZ H., *Efficiency, competition and policy*, Oxford, Basil, Blackwell, 1989, 316 p.

DENIZEAU C., *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., coll. « Thèses » (T. 239), 2004, 684 p.

DEZOBRY G., *La théorie des facilités essentielles: essentialité et droit communautaire de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 2009, 507 p.

DOURY M., MOIRAND S., *L'argumentation aujourd'hui. Positions théoriques en confrontation*, Presses Sorbonne Nouvelle, 2004, 185 p.

DRAGO G., LOMBARD M., *Les libertés économiques*, ed. Panthéon-Assas, 2003, 169 p.

DREXL J., IDOT L., *et.al, Economic theory and Competition Law*, E. Elgar, 2009, 269 p.

DRIGUEZ L., *Droit social et droit de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 868 p.

DUBOS O., *Les juridictions nationales, juge communautaire: contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2001, 1015 p.

Du MARAIS B., *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po/Dalloz, 2004, 602 p.

- DUMEZ H., JEUNEMAÎTRE A., *Diriger l'économie. L'État et les prix en France, 1936-1986*, L'Harmattan, 1989, 255 p.
- DUMEZ H., JENEMAÎTRE A., *La concurrence en Europe: de nouvelles règles du jeu*, Seuil, 1991, 297 p.
- DUMOULIN L., *L'expert dans la justice: de la genèse d'une figure à ses usages*, Economica, 2007, 216 p.
- DUMOULIN L., LA BRANCHE S., *et.al, Le recours aux experts (raisons et usages politiques)*, P.U.G., coll. « Symposium », 2005, 479 p.
- DUSSANGE E., *L'État et les ententes industrielles*, Thèse, Paris, 1938, 334 p.
- DUXBURY N., *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford University Press, 1995, 520 p.
- EDGEWORTH F.Y., *Mathematical Psychics. An Essay on the Application of Mathematical to the Moral Science*, London, Keagan Paul 1881 150 p.
- EHLERMAN C. D., ATANASIU I., *European Competition Law annual 2000: The modernisation of EC Antitrust Policy*, Hart Publishing, 2001 500 p.
- EISNER M.A., *Antitrust and the Triumph of economics: Institutions, Expertise and Policy change*, University of North Carolina Press, 1991, 316 p.
- ELSTER J., *Raison et raisons, Leçons inaugurales du collège de France*, Collège de France/Fayard, 2006, 66 p.
- ENCINAS DE MUNAGORRI R., *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Paris, L.G.D.J., 1996, 551 p.
- ENGELHARD D., *Le Marché pertinent en droit de la concurrence*, Thèse Paris X, 1998, 250 p.
- ESPING-ANDERSEN, *Les trois mondes de l'État providence: Essai sur le capitalisme moderne*, PUF, 2007, 310 p.
- EWALD F., *L'État providence*, Grasset, 1986, 608 p.
- FACCARELLO G., *Aux origines de l'économie politique libérale: Pierre de Boisguilbert* Paris, ed. Anthropos, 1986, 312 p.
- FARJAT G., *Pour un droit économique*, P.U.F., coll. « Les voies du droit », 2004, 209 p.
- FAURE V., *L'apport du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes au droit communautaire de la concurrence*, Dalloz, 2005, 765 p.
- FEREY S., *Une Histoire de l'Analyse Économique du Droit: Calcul Rationnel et interprétation du droit*, Bruylant, 2008, 317 p.
- FOCSANEANU L., *La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière de concurrence*, Paris, ed. Techniques et Économiques, 1977, 197 p.
- FOUCAULT M., *Naissance de la Biopolitique*, Cours au Collège de France (1978-1979), (dir.) F. Ewald et A. Fontana, Gallimard, Seuil, coll. « Hautes études », 2004, 350 p.
- FOX E., CRANE D., *Antitrust Stories*, Foundation Press, August 2007, 405 p.
- FRANÇOIS P., *Sociologie des marchés*, Armand Colin, 2008, 311 p.
- FRASER L., *Economic thought and language a critique of some fundamental concepts*, Kennikat Press, N.Y/London, 1972, 411 p.
- FRISON-ROCHE M-A., MAZEAUD D., *L'expertise*, Paris, Dalloz, 1997, 143 p.
- FRISON-ROCHE M-A., PAYET S., *Droit de la concurrence*, Dalloz, coll. « Précis », 1<sup>ère</sup> ed., 2006, 451 p.
- FROBERT L., «*Si vous êtes si malins (...)*», *Mac Closkey et la rhétorique des économistes*, ENS ed., 2004, 128 p.
- FRYDMAN B., *Le Sens des Lois*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 696 p.
- GALBRAITH J.K., *L'État industriel*, 3<sup>e</sup> ed., Gallimard, 1989, 473 p.
- GAUCHOTTE P., *Le pragmatisme*, P.U.F., coll. « Que sais-je », 1992, 127 p.
- GERARD-VARET L-A., PASSERON J-C., *Le modèle et l'enquête. Les usages du principe de rationalité en sciences sociales*, ed. EHSS, 1995, 580 p.

GLAIS M., *Économie industrielle, les stratégies concurrentielles des firmes*, Litec, 1992, 578 p.

GLAIS M., LAURENT P., *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, P.U.F., 1983, 536 p.

GOLDMAN B., *Cours de droit du commerce et de la concurrence dans les Communautés européennes*, 1963-1964, 392 p.

GOLDMAN B., *Droit commercial européen*, Dalloz, 1970, 668 p.

GOLDMAN B., LYON-CAEN A., *et.al*, *Droit Commercial Européen*, Dalloz, coll. « Précis », 1994, 835 p.

GOYDER J. & ALBORS-LLORENS A., *EC Competition Law*, 5<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, 2009, 697 p.

GUASTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, (trad. V. Champeil-Desplats), Dalloz, 2010, 269 p.

GUEZOU O., *Les comportements anticoncurrentiels dans la passation des marchés publics*, Thèse, Paris X, 1998, 729 p.

GUITTON H., *L'objet de l'économie politique*, Paris, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1951, 196 p.

H. DUMEZ, A. JEUNEMAITRE, *La concurrence en Europe. De nouvelles règles du jeu pour les entreprises*, Seuil, 1991, 297 p.

HARE R., *Essays in ethical theory*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 262 p.

HARNAY S., MARCIANO A., *Posner, L'analyse économique du droit*, ed. Michalon, 2003, 119 p.

HART, H. L. A *Le concept de droit*, (trad. M. Van de Kerchove), Bruxelles, Faculté universitaire de Saint-Louis 1994, 314 p.

HASSENTEUFEL P., HENNION-MOREAU S., *Concurrence et protection sociale en Europe*, *PUR*, 2003, 314 p.

HAYEK F., *Droit, Législation et Liberté, T1*, Paris, P.U.F., 1980, 208 p.

HAYEK F., *Droit, Législation et Liberté, T2, Le Mirage de la justice sociale*, Paris, P.U.F., 1995, 221 p.

HAYEK F., *Droit, Législation et Liberté, T3, L'ordre politique d'un peuple libre*, Paris, P.U.F., 1995, 253 p.

HAYEK F., *Nouveaux essais de philosophie, de science politique, d'économie et d'histoire des idées*, Paris, Les Belles lettres, 2008 459 p.

HAYEK F.A., *La route de la servitude*, P.U.F., coll. « Quadrige », 2005, 176 p.

HIGH J., GABLE W., *A Century of Sherman Act, American economic opinion, 1890-1990*, George Mason University Press, 1992, 328 p.

IDOT L., *Droit communautaire de la concurrence, le nouveau système communautaire de mise en œuvre des Articles 81 et 82 CE*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 351 p.

IDOT L., PRIETO C., *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles: le règlement 1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses?* Bruxelles, Bruylant, 2006, 331 p.

ISRAËL G., *La mathématisation du réel*, Paris, Seuil, 1996, 364 p.

JABKO N., *L'Europe par le marché. Histoire d'une stratégie improbable*, Presses Sciences Po, 2009, 288 p.

JESSUA C., LABROUSSE C., *et.al*, *Dictionnaire des sciences économiques*, P.U.F., 2001, 1096 p.

JEVONS S., *Methods of Social Reform*, MacMillan and Co, 1883, 383 p.

JOLIET R., *The Rule of reason in antitrust Law*, The Hague, Martins Nijhoff, 1967, 198 p.

JOULE R-V., BEAUVOIS J-L., *La soumission librement consentie*, 6<sup>e</sup> ed., P.U.F., 2009, 224 p.

- KALINOWSKI G., *Le problème de la vérité en morale et en droit*, Emmanuel Vitte/CNRS, 1967, 287 p.
- KARPIK L., *L'économie des singularités*, Gallimard, 2007, 373 p.
- KATZ D., *Le juge administratif et le droit de la concurrence*, PUAM, 2004, 473 p.
- KAYSEN C., TURNER D., *Antitrust Policy, An economic and Legal analysis*, Cambridge, Harvard University Press, 1959, 345 p.
- KELSEN H., *The Communist Theory of Law*, London, Stevens, 1955, 203 p.
- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, (trad. C. Eisenmann), Bruylant/ L.G.D.J, 1999, 367 p.
- KEPPLER J. H., *L'économie des passions selon A. Smith. Les noms du père d'Adam*, Paris, Kimé, 2008, 172 p.
- KERNINON J., *Droit public économique*, Montchrestien, 1999, 233 p.
- KIRAT T., *Économie du droit*, Paris, La découverte coll. « Repères », 1999 123 p.
- KNIGHT F., *The Ethics of competition*, Transaction Publishers, 1997, 355 p.
- KOMNINOS A., *EC Private antitrust enforcement: decentralised application of EC Competition law by national Courts*, Hart Publishing, 2008, 314 p.
- KOVAR J-P., *L'État et les modes d'organisation du marché*, Thèse, Université de Strasbourg, 2005, 718 p.
- LANNEAU R., *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and Economics*, Thèse Paris X, 2009, 997 p.
- LAVAL C., *L'Homme économique, essai sur les racines du néolibéralisme*, Gallimard, 2007, 396 p.
- LAVAL C., *Jeremy Bentham: les artifices du capitalisme*, P.U.F., 2003, 127 p.
- LAZARD D., *Les ententes économiques imposées ou contrôlées par l'État entre entreprises similaires publiques ou privées, essai de synthèse*, Thèse, Paris, Librairie du « Recueil Sirey », 1937, 287 p.
- Le BERRE C., *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Thèse, Université Paris X, 2006, 945 p.
- LECLERC O., *Le juge et l'expert (contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science)*, T.443, L.G.D.J., coll. « Thèse », 2005, 488 p.
- LEMENNICIER B., *Économie du droit*, ed. Cujas, 1991, 177 p.
- LEROUX A., MARCIANO A., *Traité de Philosophie économique*, Paris, Bruxelles, De Boeck, 1999, 435 p.
- Les Petites Affiches (Collectif), L'analyse économique du droit, quelques points d'accroche*, n°99, 2005, 95 p.
- LIANOS I., *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique. L'exemple du traitement des restrictions verticales par le droit communautaire et américain de la concurrence*, Thèse, Université de Strasbourg, 2004, 1104 p.
- LINOTTE D., ROMI R., *Droit public économique*, 4<sup>e</sup> ed., Litec, 2001, 450 p.
- LIVET P., *L'argumentation Droit, Philosophie et sciences sociales*, L'Harmattan/PUL, 2000, 214. p
- LIVET P., NEF F., *Les êtres sociaux. Processus et virtualité*, Hermann, coll. « Philosophie », 410 p.
- LOCHAK D., *La justice administrative*, Paris, 3<sup>e</sup> ed., Montchrestien, coll. « Clefs », 1998, 160 p.
- LOMBARD M., *Régulation économique et démocratie*, Dalloz, 2006, 248 p.
- LOMBARD M., *L'État schizo*, Jean-Claude Lattès, 2007, 336 p.
- LOQUIN E., A. MARTIN., *Droit et marchandisation*, Paris, Litec ed., Jurisclasseur, 2010, 462 p.
- LUCAS De LESSAYC C., PARLEANI G., *Droit du marché*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2002, 1033 p.

MACKAAY E., *L'analyse économique du droit: fondements, vol.1*, Montréal/Bruxelles, Thémis/Bruylant, 2000, 257 p.

MACKAAY E., ROUSSEAU S., *L'analyse économique du droit*, 2<sup>nd</sup> ed., Dalloz-Sirey, 2008, 723 p.

MÄKI U., *Fact and Fiction in Economics. Models, Realism and Social Construction* Cambridge, Cambridge University Press, 2002 384 p.

MÄKI U., *The Economic World View*, Cambridge University Press, 2001, 400 p.

MALAURIE-VIGNAL M., *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 4<sup>e</sup> ed., Armand-Colin, 2008, 349 p.

MARTY G., BRIMO A., *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence*, Paris, Pedone, 1969, 282 p.

MASSON A. (dir.), *Les stratégies juridiques des entreprises*, Larcier, 2009, 559 p.

MBONGO P., VAUCHEZ A., *Dans la fabrique du droit européen: scènes, acteurs et publics de la Cour de Justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 258 p.

MEDEMA S., SAMUELS W. (dir.), *Foundations of Research in Economics: How Do Economists do Economics?* Edward Elgard ed., 1998, 298 p.

MELLERAY F., *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, L.G.D.J., 2004, 310 p.

MENURET J-J., *Le contentieux du Conseil de la concurrence*, Université d'Auvergne/L.G.D.J., 846 p.

MERRIEN F-X., PARCHET R., et.al, *L'État social. Une perspective internationale*, Armand-Colin, 2005, 441 p.

MESCHERIAKOFF A-S., *Droit public économique*, P.U.F., 1997, 389 p.

MICHEL V., *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, PUS, 2009, 440 p.

MILLARD E., *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006, 136 p.

MOREL C., *Les décisions absurdes: sociologie des erreurs radicales et persistantes*, Gallimard, 2004, 379 p.

MOURRE A., MOMEGE C., et.al, *Mondialisation politique industrielle et droit communautaire de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 114 p.

NEMO P., *La société de droit selon Hayek*, P.U.F., 1988, 436 p.

NEMO P., PETITO J. (dir.), *Histoire du libéralisme en Europe*, P.U.F., 2006, 1411 p.

NICINSKI S., *Droit public de la concurrence*, L.G.D.J, coll. « Systèmes », 2005, 230 p.

NICINSKI S., *Droit public des affaires*, Montchrestien, 2008, 622 p.

NICINSKI S., *L'usager du service public industriel et commercial*, Paris, L'Harmattan, 2001, 564 p.

NOURISSAT C., WTTTERWULGHE R., *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence: un nouveau défi pour les juridictions françaises*, Dalloz, 2004, 190 p.

OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques), *Competition Law and Policy in the European union*, 2005, 81 p.

OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques), *Competition Policy and Efficiency claims in horizontal agreements*, 1996, 89 p.

OLIVI B., GIACONE A., *L'Europe difficile. Histoire politique de la construction européenne*, Gallimard, 1998, 546 p.

ORTIZ BLANCO L., *European Competition procedure*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford University Press, 2006, 1655 p.

PACTEAU B., *Contentieux administratif*, 8<sup>e</sup> ed., 2008, 646 p.

PAPAEFTHYMIOS S., *La distinction droit privé-droit public dans la théorie du droit et de l'État*, Thèse ronéo, Institut Universitaire européen et Université Paris X Nanterre, 1994, 650 p.

- PARISOLI L., *Pauvreté et capitalisme, comment les pauvres franciscains ont justifié le capitalisme et le capitalisme a préféré la modernité*, Officina, Di Studi Medievalli, Parlermo, 2008, 278 p.
- PATTERSON D. (dir.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishers, 1999, 602 p.
- PELT J-M., *La compétition, mère de toutes choses*, Lyon, Le Collège supérieur, ed. de l'Emmanuel, 2008 206 p.
- PERELMAN C., *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, 2<sup>nd</sup> ed., Dalloz, 1979, 193 p.
- PERELMAN C., OLBRECHTS-TYTECA L., *Traité de l'argumentation*, ed. de l'Université de Bruxelles, 2008, 740 p.
- PERITZ R., *Competition Policy in America, History, Rhetoric, Law*, Oxford University Press, 1996, 414 p.
- PERROT J-C., *Une Histoire intellectuelle de l'économie politique XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle*, ed. EHSS, 1992, 496 p.
- PIAGET J., *Épistémologie des sciences de l'homme*, Gallimard, 1970, 380 p.
- PITOFKY R., *How Chicago School overshot the Mark: The effect of Conservative Economic analysis on US Antitrust*, Oxford University Press, 2008, 328 p.
- PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, ed. Panthéon-Assas, 2003, 880 p.
- PORTA J., *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité (2 tomes)*, Fondation Varennes, 2008, 921 p.
- POSNER R., *Economic analysis of Law*, Aspen Publishers, 2007, 816 p.
- POSNER R., *How Judges Think*, Harvard University Press, 2008, 400 p.
- POSNER R., *The Failure of Capitalism : The crisis of '08 and the descent into depression*, Harvard University Press, 2009, 368 p.
- POSNER R., *The Crisis of Capitalist democracy*, Harvard University Press, 2010, 408 p.
- RAIMBAULT P. (dir.), *La puissance publique à l'heure européenne*, Dalloz, 2006, 237 p.
- RAINAUD J-M., CRISTINI R., *Droit public de la concurrence*, Economica, 1987, 288 p.
- Rapport EAGCP (Economic Advisory Group on Competition Policy), *An Economic approach to Article 82*, July, 2005, 53 p.
- RICHER L. (dir.), *Concurrence pour le marché et concurrence dans le marché*, Institut A. Tunc, L.G.D.J., 2007, 123 p.
- RICHER L., *Droit des contrats administratifs*, 6<sup>e</sup> ed., L.G.D.J., 2008, 784 p.
- RICHER L., *L'Europe des marchés publics*, L.G.D.J., 2009, 393 p.
- RICHER L., *L'Europe des marchés publics. Marchés publics et concessions en droit communautaire*, L.G.D.J., 2009, 400 p.
- RIPERT G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2<sup>nd</sup> ed., L.G.D.J., 1951, 354 p.
- ROBLOT R., *Aspects actuels du droit commercial français*, L.G.D.J., 1984, 571 p.
- ROQUEPLO P., *Entre savoir et décision, l'expertise scientifique*, INRA ed., 1997, 111 p.
- ROSANVALLON P., *La crise de l'État providence*, Seuil, 1992, 183 p.
- ROSANVALLON P., *Le capitalisme utopique, Histoire de l'idée du marché*, Seuil, 1999, 251 p.
- ROSENBERG A., *Economics: Mathematical Politics or Science of diminishing Returns?* University of Chicago Press, 1992, 283 p.
- ROSENBERG A., *Microeconomic Laws. A philosophical analysis*, University of Pittsburgh Press, 1976, 236 p.
- ROSS A., *Introduction à l'empirisme juridique*, L.G.D.J., Bruylant, (trad. E. Millard, E. Matzner), 2004, 231 p.
- ROSS A., *On Law and Justice*, Berkeley, University of California Press, 1959, 383 p.

- RUEFF J., *Les fondements philosophiques des systèmes économiques, textes rédigés en l'honneur de J. Rueff*, Paris, Payot, 1967, 523 p.
- RUSSEL B., *Problèmes de Philosophie*, Payot, 1989, 189 p.
- SALIN P., *La concurrence*, PUF, coll. « Que sais-je? », 1995, 127 p.
- SAMUELS W.J., *The Chicago school of political economy*, Transaction Publishers, 1993, 525 p.
- SCHERER F.M., *Industrial Market Structure and economic performance*, Rand Mac Nally, 1980, 632 p.
- SCHLIK M., *Forme et contenu: une introduction à la pensée philosophique*, Agone, 2003, 178 p.
- SCHLIK M., *Théorie générale de la connaissance*, (trad. C. Bonnet), NRF/Gallimard, 2009, 551 p.
- SCHMIDT C., *La sémantique économique en question*, Calman-Levy, 1985, 257 p.
- SCHUMPETER J., *Capitalisme, Socialisme et démocratie*, Payot, 1990, 451 p.
- SEBESTIK J., SOULEZ A., *Le Cercle de Vienne, Doctrines et controverses*, L'Harmattan, 2001, 312 p.
- SERALE J. R., *Les actes de langage, essai de philosophie du langage*, Paris, Hermann ed., coll. « Savoir », 1972, 261 p.
- SHEPHERD W., *The economics of industrial organization*, Prentice Hall International, 1979, 566 p.
- SIBONY A-L., *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, L.G.D.J., coll. « Droit et économie », 2008, 883 p.
- SIMON D., *Le système juridique communautaire*, Paris, 3<sup>e</sup> ed., P.U.F., 2001, 779 p.
- SIMON H., *Administration et processus de décision*, Paris, Economica, 1983, 322 p.
- SKLAR M., *The Corporate reconstruction of american capitalism, 1890-1916*, Cambridge University Press, 1988, 484 p.
- SMITH A., *Théorie des sentiments moraux*, Paris, P.U.F., 2003, 480 p.
- SOULE G., *Qu'est-ce que l'économie politique? Nouveaux horizons*, 1975, 204 p.
- SOUTY F., *Le droit et la politique de la concurrence de l'Union européenne*, 3<sup>e</sup> ed., Montchrestien, 2003, 160 p.
- STANZIANI A. (dir.), *Dictionnaire historique de l'économie-droit XVIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles*, Droit et Société/ L.G.D.J., 2007, 332 p.
- STEVENSON C. L., *Ethics and langage*, New Haven Yale University Press, 1944, 338 p.
- STIGLITZ J.E., *La grande désillusion*, L.G.F., 2003, 407 p.
- STIGLITZ J.E., *Quand le capitalisme perd la tête*, L.G.F., 2005, 571 p.
- STOFFAËS C., *L'Europe de l'utilité publique. Des industries de service public renouvelées dans l'Europe libérale*, ASPE, Europe, coll. « rapports officiels », 1995, 560 p.
- STONE SWEET A., *The Judicial Construction of Europe*, Oxford University Press, 2004, 277 p.
- STRÖMHOLM S., VOGEL H.H., *Le "réalisme scandinave" dans la philosophie du droit*, Paris, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de philosophie du droit », T. XIX 1975 107 p.
- SUNSTEIN C. (dir.), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press, 2000,
- SUNSTEIN C., *Free Markets and social justice*, Oxford University Press, 1997, 416 p.
- TEULON F., *Dictionnaire d'Histoire, Économie, Finance, Géographie*, 5<sup>e</sup> ed., P.U.F., 2008, 727 p.
- TORRE-SCHAUB M., *Essai sur la construction de la catégorie juridique de marché*, L.G.D.J., 2002, 409 p.
- TREPOS J-Y., *La sociologie de l'expertise*, P.U.F., coll. « Que sais-je », 1996, 127 p.
- TRIBES K., *Stratégies of Economic order. German Economic discourse 1750-1950*, Cambridge University Press, 1995, 285 p.

- TROPER M., *La philosophie du droit*, P.U.F., « Que sais-je? », 2005, 127 p.
- TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'État*, P.U.F., coll. « Léviathan », 1994, 358 p.
- TRUCHET D., *Droit administratif*, P.U.F., 2008, 460 p.
- TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2006, 813 p.
- UNTERMAIER E., *Les règles générales en droit public français*, Thèse, Lyon III, 2009, 732 p.
- VALENTIN V., *Les conceptions néo-libérales du droit*, *Economica*, 2002, 385 p.
- VALLINDAS G., *Essai sur la rationalité du droit communautaire des concentrations*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 561 p.
- VAN BAEL I., BELLIS J-F., *Droit de la Concurrence de la Communauté Économique Européenne*, Bruylant, 1991, 1284 p.
- VAN DAMME J.A., *Le droit de la concurrence dans la CEE, Recueil de Textes et de jurisprudence*, Bruges, De Tempel, Tempelhof, 1975, 1359 p.
- VAN LANG A. (dir.), *Le dualisme juridictionnel : limites et mérites*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, 262 p.
- VAN LANG A., *Juge judiciaire et droit administratif*, L.G.D.J/Montchrestien, 1996, 359 p.
- VAN PARIJS P., *Le modèle économique et ses rivaux*, Genève, Librairie DROZ, 1990, 235 p.
- VEYNE P., *Foucault, sa pensée, sa personne*, Albin Michel, 2008, 214 p.
- VOGEL L., *Droit français de la concurrence*, Law-Lex, 2006, 858 p.
- VOGEL L., *Traité de droit commercial T.1*, 18<sup>e</sup> ed., Paris, LGDJ, 2001, 905 p.
- VON NEUMANN J., MORGENSTERN O., *Theory of Games and Economic Behavior*, 3<sup>rd</sup> ed., Princeton University Press, 1980, 648 p.
- WALLACE H., WALLACE W., *et.al, Policy-Making in the European Union*, Oxford, 5<sup>th</sup> ed., 2005, 570 p.
- WARLOUZET L., *Quelle Europe économique pour la France? La France et le marché commun industriel, 1956-1969*, 1107 p.
- WEBER M., *Économie et Société: T1, Les catégories de la sociologie*, Pocket, 1995, 411 p.
- WEBER M., *Économie et Société: T2, L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie*, Pocket, 1995, 425 p.
- WEINBERGER O., *Alternative Action Theory*, Kluwer Academic Publishers, 1998, 318 p.
- WILLIAMSON O., *Markets and Hierarchies: Analysis and antitrust implications*, MacMillan, 1983, 286 p.
- WITTGENSTEIN L., *Tractatus Logico Philosophicus*, Paris, Gallimard, 1993, 125 p.
- WYATT W., *Antitrust and the formation of the postwar period*, University of Columbia Press, 2002, 276 p.
- WYATTS W., *Antitrust and the formation of the postwar period*, Columbia University Press, 2002, 240 p.
- YOLKA P (dir.), *La doctrine en droit administratif*, Paris, Litec, coll. « colloques et débats », 2010, 246 p.
- ZIJLSTRA J., *politique économique et problèmes de concurrence dans la CEE*, Bruxelles, Études, série « concurrence », n°2 1966, 68 p.



# Index alphabétique

Les chiffres renvoient aux numéros de pages

## A

Abus de position dominante 53, 58, 60, 61, 75, 76, 77, 91, 104, 123, 146, 147, 148, 193, 231, 348, 424  
position dominante collective 64, 75, 76, 87, 88, 91  
Acte de langage 249  
Activité économique  
des économistes 259, 260, 261, 262  
interprétation extensive 262, 268, 269, 270, 271  
interprétation restrictive 263, 264, 265, 267, 267  
raisonnement téléologique 205, 256, 257, 264  
Amicus curiae 108, 110, 111, 112, 113, 115, 116, 121, 135, 139, 141  
indépendance des juges 108, 110, 111, 115, 116, 134, 141  
Analyse économique 21, 24, 28, 30, 33, 53, 89, 282, 355, 375, 387, 388, 423  
dans le discours des économistes 357, 358, 359  
économie du droit 21, 387, 389, 390, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 400  
idéologie 386, 387  
Andriessen F. 55, 59, 64  
Argumentaire économique 313, 314, 315, 316, 319, 321, 338, 339, 340, 342, 345, 346, 347, 348  
Argumentation 249  
Arrow K. 280, 382  
Autorité nationale de la concurrence 7, 211, 213

## B

Baumol W. 66, 426, 427  
Bazex M. 25, 88, 165, 172, 173, 175, 176, 183, 185, 191, 193, 208, 216, 222, 226, 227, 228, 229, 235, 238, 240, 270  
Becker G. 261, 365, 373, 374, 376

Bentham J. 178, 363, 365, 372, 414, 178  
Blaug M. 373, 381, 382, 383  
Bonassières P. 12, 268  
Bork R. 394, 424  
Bourcier D. 318, 234, 328  
Brittan L. 64, 71, 72  
Brozen Y. 287, 424  
Buchanan J. 377, 385, 387, 432, 434  
Business cycle (théorie du) 407

## C

Campagnolo G. 367, 369, 386  
Canivet G. 13, 82, 83, 90, 92, 400, 401  
Causalité 386, 388, 389  
corrélations 383, 384  
Chapus R. 165, 166, 182  
Cini M. 30, 33, 45, 55, 64, 72, 83, 89  
Clamour G. 15, 164, 189, 199, 211, 218, 222, 223, 232, 224, 236, 239, 240, 275  
Commission européenne 16, 62, 66, 70, 72, 81, 83, 90, 97, 104, 118, 132, 133, 134, 168, 232  
cohésion de la politique de concurrence 6, 30, 97, 149, 150  
discours technocratique 33, 150  
réforme de la politique de concurrence 73, 81, 354  
Concurrence 17, 19, 32, 45, 122, 179, 404, 409  
concurrence déloyale 24, 34, 47, 61, 124, 129, 130, 142, 147, 406  
concurrence par les mérites 78  
concurrence pour le marché 415, 437, 438  
concurrence-fin 14, 15, 18  
concurrence-moyen 12, 15, 411  
Conflits de compétence 120, 122, 125, 129, 134, 141, 180, 181, 182  
horizontaux 125, 126  
Coopération loyale (principe de) 98, 109, 110  
Conseil d'Etat 68, 84, 125, 153, 158, 159, 160, 161, 162, 166, 167, 169, 172, 174, 177, 178,

179, 197, 198, 199, 202, 216, 220, 227, 228, 244  
constitution économique 412, 415, 416  
Cour de cassation 35, 101, 119, 127, 131, 134, 136, 137, 138, 139, 143, 145, 146, 149, 167, 173, 174, 192, 199, 201, 211, 212, 213, 226, 265, 282, 307, 308  
Crise (du droit administratif) 163  
Culture juridique 143

## D

Darmon M. 84, 258, 335, 337, 340  
Debreu G. 280, 382  
Décentralisation (politique de concurrence) 31, 83, 98, 99, 100, 102, 103, 117, 118, 120, 125, 150  
Decker C. 343, 344, 347  
Delvolvé P. 217, 228  
Director A. 411, 423, 424  
Doctrine 357, 358  
Dogmatique 357, 358, 391, 398, 399, 400, 402, 434  
Droit public de la concurrence 154, 155, 164, 177, 178, 179, 181, 186, 197, 201, 224, 226, 245, 246  
Dualisme juridictionnel 147, 152, 153, 156, 167, 186  
Duguit L. 159, 160  
Dumez H. 19, 24, 32, 68, 71, 299, 326

## E

Easterbrook F. 394, 424  
Ecole de Harvard ou école structuraliste  
Bain J. 282, 420  
Caves R. 303, 304, 420  
Kaysen K. 418  
Masson E. 274  
Ecole ordolibérale ou ordolibéralisme 34, 36, 41, 55, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417  
Böhm F. 412, 413, 426  
constitution économique 412, 415, 416  
Erhard L. 39, 390, 414

Eucken W. 69, 412, 413, 414, 415  
 Hallstein W. 40, 44, 414  
 Röpke W. 409, 414  
 Effet utile 62, 201, 202, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 211, 274  
 Efficience 16, 428  
 allocative 426, 422, 433  
 productive 422, 426  
 Eisenmann C. 161  
 Elzinga K. 282, 389, 423  
 Equilibre Cournot-Nash 338, 339  
 Expertise économique 119, 313, 314, 316, 328

## F

Friedman M. 377, 383, 386, 387, 396

## G

Galbraith J.K. 27, 43, 262, 438, 439  
 théorie des pouvoirs compensateurs 43  
 Gaudemet Y. 124, 156, 167, 181  
 Gavalda C. 14, 16  
 Glais M. 18, 288, 345  
 Goldman B. 14, 15, 49, 52, 257, 329

## H

Hauriou M. 159, 160, 409  
 Hayek F. A. 22, 69, 283, 284, 287, 392, 409, 410, 428, 429, 430, 431, 432  
 Hilferding R. 405, 408, 429  
 Holmes O. W. 394, 398  
 Hovenkamp H. 283, 389, 399, 406, 439

## I

Idot L. 14, 27, 66, 68, 70, 75, 76, 77, 78, 79, 82, 85, 86, 87, 102, 104, 140, 196, 209, 250, 259, 268, 289, 335  
 Infrastructure essentielle 79, 180  
 Interprétation interprétation-volonté 392

## J

Jeunemaître A. 326  
 Jeux (théorie des) 349, 350, 379, 393, 396  
 Jevons S. 370, 371, 372  
 Joliet R. 49, 53, 334  
 Jugement de valeur 13, 15, 17, 157, 266, 369, 387, 392, 404  
 Juge civil 100, 142, 143  
 Juge commercial 101, 143

Juges nationaux application du droit européen de la concurrence 97, 98, 99, 121  
 Juge pénal 143, 147, 149  
 Jusnaturalisme 392

## K

Kelsen H. 161, 393  
 Kokott J. 91, 93, 203, 268, 427  
 Konzerns 36, 39, 414

## L

Laval C. 178, 363, 364, 365, 372, 414  
 Lecourt R. 51, 61  
 Libre concurrence 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 79, 146, 179, 199, 201, 202, 203, 211, 212, 213, 216, 219, 220, 221, 223, 226, 231, 240, 242, 265  
 Lippmann W. 409, 410, 411, 434  
 Loi du 16-24 août 1790 158  
 Lyon-Caen A. 14

## M

McCloskey D. 312, 376, 383, 423  
 Mäki U. 383  
 Marché contestable 426  
 Marché en cause 278, 288, 289, 293, 297  
 délimitation 194, 294, 295, 297, 298, 299, 300, 303, 308, 345  
 marché de produits 291, 293, 294, 295, 297, 301, 302, 305  
 marché géographique 293, 295, 296, 297, 304, 305, 306  
 Marginalisme 367, 369, 370, 372, 373, 407  
 Mayras H. 61, 84, 257, 329, 330, 332, 333, 334, 337  
 Means G. 419, 420  
 Menger C. 363, 368, 369, 370, 371, 428  
 Modèle de Chamberlin 280, 407, 419  
 Monopole 22, 404, 405, 408  
 dans la pensée néolibérale 405  
 dans le contexte du Sherman Act 408  
 monopoles nationaux 169  
 Monopsonne 276  
 Monti M. 16, 68, 80, 89, 297  
 Mouchot C. 378, 386

## N

Normes 25, 26

## O

Oligopole 80, 88, 311, 312, 331, 332, 333, 339, 350, 437, 438  
 Opposabilité Autorité de la concurrence 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227  
 Cour de cassation 211, 212, 213, 214  
 juge administratif 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242  
 droit européen 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210

## P

Popper K. 382, 384  
 Positivismisme 363, 381, 387, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 399, 402, 428, 435  
 Posner R. 21, 286, 312, 314, 337, 394, 396, 397, 399, 424  
 Principes 34, 48, 55, 61, 78, 111, 147, 157, 177, 199, 200, 201  
 Protection du consommateur 16, 63, 80, 90  
 Puissance publique 154, 156, 160, 162, 163, 164, 165, 173, 175, 179, 183, 192, 197, 236, 267, 268, 269, 438

## R

Rationalité 21, 284, 287, 338, 363, 365, 367, 374, 378, 395, 396, 399, 424, 430  
 Réalisme 25, 392, 393, 394, 397  
 américain 358, 391, 394  
 Riley A. 121  
 Robbins L. 363, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373  
 Roemer K. 46, 47, 48, 49, 51, 59, 86, 256, 257, 300, 354  
 Rosenberg A. 356, 364, 375, 378, 380, 385  
 Ross A. 387, 394, 397  
 Rothbard M. 18, 370, 386, 393, 430, 434  
 Rueff J. 409, 410

## S

Samuels W. 383, 422  
 Samuelson P. 363, 384  
 Schmidt C. 372, 378, 379  
 Schumpeter J. 18, 283, 284, 421  
 Scientisme croyance économique 392, 400  
 Séparation des pouvoirs 157, 158  
 Service public 152, 156, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 167, 168, 169, 170, 172, 173, 181, 193,

Sibony A-L. 321, 354  
Simiand F. 379, 389  
Simmel G. 22  
Smith A. 17, 18, 361, 370, 391, 405  
SSNIP test 286, 287, 294  
Stahl J-H. 174, 177, 184  
Stigler G. 405, 424  
Stirn B. 159, 165, 166  
Substituabilité 279  
Sutherland P. 55, 59, 64

## T

Trépos J-Y. 325  
Tribunal des conflits 167, 168, 173,  
181, 182, 186, 187, 188, 189,  
190, 192, 197

détachabilité 183, 188, 192,  
193,  
Troper M. 25, 26, 158  
Trusts 23, 38, 406, 417  
Turner D. 418, 421, 423, 424,

## U

Union européenne 25, 28, 32, 149,  
199, 409, 437, 438  
Utilitarisme 372  
Utilité 364, 372, 424

## V

Valeur d'échange 371  
Valeur d'usage 371

Van Miert K. 70, 71, 72  
Vesterdof B. 312, 322, 325, 328,  
400  
Violence économique 142  
Vogel L. 14, 15, 61, 32, 73, 101,  
167, 288  
Von der Groeben H. 33, 36, 37, 40,  
42, 44, 59  
Von Mises L. 18, 369, 409, 410

## W

Waelbroeck M. 12, 46, 54, 204  
Weber M. 22, 368, 408, 413  
Weinberger O. 388  
Williamson O. 21, 284, 376, 423



# Table des matières

<b>SOMMAIRE</b> .....	<b>6</b>
<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>11</b>
<b>PREMIERE PARTIE: LA CONCURRENCE COMME IDEOLOGIE</b> .....	<b>27</b>
TITRE 1: LA COHESION DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE A L'ECHELLE DE L'UNION ET DES ÉTATS MEMBRES .....	30
<i>Chapitre 1: L'évolution de la concurrence entre les interprètes européens</i> .....	32
Section 1: La protection du marché comme moyen de justifier et d'accroître la compétence des interprètes.....	33
<b>Paragraphe 1:</b> «L'orthodoxie» du traité comme justification de la protection du marché commun .....	34
A- Genèse du genre technocratique: retour sur le contexte de la naissance du droit européen de la concurrence .....	35
a) La difficile mise en œuvre d'un cadre normatif et procédural.....	35
b) La stratégie de la Commission face à l'hétérogénéité des intérêts nationaux .....	37
B- La protection du marché comme justification de la politique de concurrence	45
a) L'autonomie du droit de la concurrence par la réalisation du marché commun .....	45
b) La consolidation de l'édifice prétorien .....	49
c) Rôle des juges nationaux.....	51
<b>Paragraphe 2:</b> La consolidation d'un registre technocratique .....	54
A- L'interprétation de l'article 85 ou la continuité de la jurisprudence <i>Consten</i> .	56
B- L'interprétation de l'article 86, tremplin à l'extension des pouvoirs de la Commission.....	58
C- L'extension des articles 85 et 86 aux mesures étatiques .....	62
Section 2: La réorientation de la politique de la concurrence .....	65
<b>Paragraphe 1:</b> Les nouvelles contraintes politiques .....	65
A- Le renforcement du poids politique de la concurrence .....	65
B- Influence du contexte international .....	68
<b>Paragraphe 2:</b> La réorientation de la politique de concurrence, source de divergences entre les interprètes .....	74
A- L'achèvement du marché intérieur .....	74
B- La protection de la concurrence et après? Les controverses autour d'une nouvelle idéologie justifiant la politique de la concurrence.....	80
a) La refonte du droit matériel: une réforme administrative, mais pas idéologique .....	81
b) L'influence déterminante du Tribunal sur la réorientation idéologique de la politique de concurrence .....	84
<i>Chapitre 2: La Commission, les juridictions nationales et l'harmonisation du droit de la     concurrence aux Etats membres</i> .....	97
Section 1: Le renforcement des pouvoirs de la Commission par le règlement 1/2003 .....	101

<b>Paragraphe 1:</b> Le renforcement de l'autorité de la Commission sur les juges nationaux .....	102
A- L'influence des décisions de la Commission.....	103
B- L'élargissement du champ d'application du droit de la concurrence.....	107
<b>Paragraphe 2:</b> Les mécanismes d'intervention auprès des juridictions nationales: les autorités de la concurrence, «amies» imposées? .....	108
A- Les obligations générales du règlement 1/2003: La Commission, organe de contrôle des décisions nationales .....	108
B- L'intervention sous les habits de <i>l'amicus curiae</i> .....	110
a- Spécificité de <i>l'amicus curiae</i> au sens du règlement 1/2003 .....	110
b- Les problèmes contentieux soulevés par l'interprétation de l'article 15§3	114
c- Quelle(s) justification(s) pour le mécanisme d'intervention d'office? .....	116
Section 2: Les contraintes dans la mise en œuvre du règlement 1/2003: le cas français .....	121
<b>Paragraphe 1:</b> Les contraintes procédurales.....	121
A- Les raisons de la faible invocation des articles 101 et 102 TFUE devant les juges .....	121
a- Les problèmes probatoires .....	122
b- Les conflits de compétence entre juridictions de même niveau .....	125
B- Conflits de compétence et contournement du règlement 1/2003 .....	129
a) Le contournement des obligations générales du règlement 1/2003 .....	129
b) Stratégies autour de l'intervention d'office de la Commission: l'exemple de la distribution automobile.....	134
1- Les faits .....	135
2- Analyse du contentieux.....	137
<b>Paragraphe 2:</b> Résistances idéologiques .....	142
A- L'interprétation du droit de la concurrence devant le juge civil et commercial .....	142
B- L'interprétation du droit de la concurrence devant le juge pénal.....	147
 TITRE 2: LA CONCURRENCE AU SERVICE DE L'INTERET GENERAL.....	 151
 <i>Chapitre 1: Le Conseil d'Etat, interprète du droit public de la concurrence</i> .....	 153
Section 1: Comment le Conseil d'État est-il devenu un interprète incontournable du droit public de la concurrence .....	154
<b>Paragraphe 1:</b> L'exorbitance, sa remise en cause, sa redéfinition .....	155
A- L'idée d'exorbitance et sa remise en cause.....	155
B- Le dépassement de l'exorbitance: la lutte pour le monopole du droit public de la concurrence .....	163
<b>Paragraphe 2:</b> Le Conseil d'État, réconciliateur de l'exorbitance et des règles du marché .....	172
A- L'intégration du droit de la concurrence dans le bloc de légalité administrative .....	172
B- Un nouveau contenu à la concurrence opposable aux personnes publiques .	177
Section 2: La persistance du conflit de compétence .....	180
<b>Paragraphe 1:</b> Essai d'explication de la persistance du conflit de compétence... ..	180
A- Le constat de la rémanence des conflits de compétence .....	181
B- L'interprétation des critères de compétence à la source du conflit.....	185
<b>Paragraphe 2:</b> La délimitation prétorienne des compétences d'attribution.....	188
A- L'intervention du Tribunal des conflits .....	189

B- L'extension détournée de compétences d'attribution.....	191
<b>Chapitre 2: Mise en œuvre pratique de la politique du Conseil d'Etat.....</b>	<b>198</b>
Section 1: Le recours aux principes généraux: raisons et usages politiques.....	200
<b>Paragraphe 1: L'opposabilité du point de vue du droit européen.....</b>	<b>200</b>
A- La « <i>libre concurrence</i> » comme moyen de protéger le marché.....	201
B- L'opposabilité du droit de la concurrence aux personnes publiques par le biais de la norme « <i>d'effet utile</i> ».....	203
a- L' <i>effet utile</i> comme norme.....	204
b- Les tempéraments au principe, révélateurs d'une conciliation entre d'autres intérêts que ceux relatifs à la protection de la concurrence.....	207
<b>Paragraphe 2: L'opposabilité dans l'ordre judiciaire et dans les avis de l'Autorité nationale de la concurrence.....</b>	<b>210</b>
A- La libre concurrence devant les juridictions judiciaires en matière de droit de la concurrence appliqué aux personnes publiques.....	210
B- Les avis rendus par l'Autorité nationale de la concurrence sur l'opposabilité du droit de la concurrence aux personnes publiques.....	213
a- L'opposabilité résultant d'un texte d'exemption.....	213
b- Le cas des consultations obligatoires.....	215
c- Consultations à titre facultatif.....	218
Section 2: L'opposabilité du point de vue du juge administratif.....	226
<b>Paragraphe 1: Le rapport instrumental au vocabulaire concurrentiel.....</b>	<b>226</b>
A- La référence aux avis.....	226
a- La référence explicite aux avis par le biais de l'article L 462-3.....	226
b- Le recours implicite aux avis.....	229
B- Le réinvestissement de catégories concurrentielles.....	233
<b>Paragraphe 2: Les sources classiques du bloc de légalité administrative: l'économie des moyens pour une économie de justification.....</b>	<b>238</b>
A- La production de catégories concurrentes et les libertés économiques.....	238
B- Référence au principe d'égalité et maintien d'un contrôle minimum dans de nombreux domaines.....	241
<b>SECONDE PARTIE: LA CONCURRENCE COMME RHETORIQUE.....</b>	<b>247</b>
TITRE 1: LE CADRE NORMATIF.....	250
<b>Chapitre 1: L'élaboration de catégories juridiques.....</b>	<b>251</b>
Section 1: La réception de la notion d'activité économique.....	252
<b>Paragraphe 1: L'activité économique comme moyen de délimiter une compétence d'attribution.....</b>	<b>252</b>
A- Comment s'est imposée la référence au critère d' <i>activité économique</i> ?.....	252
B- Un débat sans intérêt: l' <i>activité économique</i> comme objet de l'entreprise dans la doctrine économique.....	259
<b>Paragraphe 2: La fonction instrumentale de la notion d'activité économique.....</b>	<b>262</b>
A- L'interprétation du critère d' <i>activité économique</i> .....	262
a- L'interprétation restrictive.....	263
b- L'interprétation extensive ou par analogie.....	268
B- L'instrumentalisation de l' <i>activité économique</i> par les acteurs économiques et ses limites.....	271
Section 2: Le marché en cause.....	276
<b>Paragraphe 1: Le marché pertinent.....</b>	<b>277</b>

A- Le rapport instrumental aux concepts de marché pertinent et de substituabilité .....	277
a- Le modèle de concurrence pure et parfaite .....	277
b- Substituabilité et marché pertinent.....	279
B- Critiques du marché pertinent et de la substituabilité .....	280
a- Critique du marché pertinent.....	281
b- Critiques du test de substituabilité .....	283
<b>Paragraphe 2:</b> Du marché pertinent au marché en cause .....	286
A- Genèse du marché en cause .....	287
a- La réception du marché en cause .....	287
b- La redéfinition du marché en cause par la communication de 1997.....	291
B- La délimitation du marché en cause au regard de la pratique décisionnelle et de la jurisprudence .....	295
a- La délimitation du marché de produits.....	295
b- La délimitation du marché géographique .....	302
<b>Chapitre 2:</b> <i>Expertises et argumentaires économiques devant les interprètes</i> .....	308
Section 1: Le discours économique comme discours factuel.....	311
<b>Paragraphe 1:</b> Expertise et argumentaire économique.....	312
A- Polysémie du terme expertise économique en droit de la concurrence .....	312
B- L'intérêt d'une distinction argumentaire/expertise économique.....	314
<b>Paragraphe 2:</b> L'influence de la procédure sur le discours économique.....	315
A- La transformation du discours économique en factualité .....	315
a- Argumentaires et expertises dans le cadre de l'instance .....	316
b- L'argumentaire économique durant la phase administrative .....	319
B- Le discours de l'économiste et ses contraintes.....	321
a- La fausse neutralité du discours de l'expert.....	321
b- La solidité du discours de l'économiste en question .....	323
Section 2: Expertises et argumentaires économiques au service de la stratégie des parties et du juge .....	326
<b>Paragraphe 1:</b> L'expertise économique mandatée dans le cadre de litiges .....	326
A- Stratégie de la Cour dans l'affaire des <i>Matières colorantes</i> .....	327
a- Contexte de l'affaire.....	328
b- La référence à l'autorité scientifique comme justification du raisonnement .....	329
c- La pratique concertée par analogie avec le commencement d'exécution en droit pénal.....	331
B- Stratégie de la Cour dans l'affaire <i>Pâte de Bois II</i> .....	333
a- Contexte de l'affaire.....	333
b- Insuffisance de preuves dans l'examen des prix et redéfinition des critères de qualification de la pratique concertée.....	334
c- L'apparent alignement sur le discours économique.....	335
<b>Paragraphe 2:</b> L'argumentaire économique dans la stratégie des autorités de la concurrence et des juges.....	340
A- L'argumentaire économique parmi les autres moyens de preuve.....	340
a- L'adéquation des preuves aux prétentions des parties: corollaire de la liberté probatoire .....	340
b- L'argumentaire économique, moyen de preuve subsidiaire? .....	345
B- La confrontation des argumentaires économiques .....	346
a- Les argumentaires économiques devant la Commission .....	346



b- Le rôle du juge dans la production des argumentaires économiques.....	350
TITRE 2: LE CADRE DOGMATIQUE.....	355
<i>Chapitre 1: L'analyse économique dans le discours des économistes</i> .....	357
Section 1: L'économique, discours d'interprétation des faits sociaux à vocation universelle?.....	358
<b>Paragraphe 1:</b> L'objet aporétique de l'économie .....	358
A- Polysémie de l'objet économique .....	358
B- Les causes de l'aporie .....	362
<b>Paragraphe 2:</b> Les choix métathéoriques derrière la polysémie de l'objet économique .....	364
A- La définition de Robbins prise en contexte.....	365
a) Le marginalisme comme autre manière de penser l'économie.....	365
b) Quel type de marginalisme pour quel regard économique?.....	368
B- La généralisation d'une certaine lecture marginaliste et ses conséquences pour l'appréhension des phénomènes économiques.....	371
Section 2: La scientificité de l'analyse économique en question.....	373
<b>Paragraphe 1:</b> Rappel de quelques objections adressées à l'économie néoclassique .....	373
A- Persistance du pluralisme méthodologique.....	374
B- Le problème de la spécification des concepts .....	376
<b>Paragraphe 2:</b> Quelle empirie pour quel contrôle des phénomènes économiques? .....	378
A- Qu'entendent les économistes néoclassiques par fait? .....	379
B- L'imbrication de propositions prescriptives et descriptives.....	385
 <i>Chapitre 2: L'analyse économique comme ensemble de prescriptions sur le droit de la concurrence</i> .....	389
Section 1: La vulgarisation d'une croyance économique.....	390
<b>Paragraphe 1:</b> Le scientisme de l'analyse économique du droit .....	390
A- Le réalisme de l'économie du droit n'est pas un positivisme .....	390
B- La réintroduction du modèle d'interprétation connaissance .....	395
<b>Paragraphe 2:</b> L'analyse économique dans les discours sur le droit de la concurrence .....	397
A- La croyance en l'économie comme fait .....	398
B- L'économie comme langage de vérité .....	400
Section 2: Le problème du monopole .....	402
<b>Paragraphe 1:</b> La question du monopole en débat .....	403
A- Le monopole dans le contexte du <i>Sherman Act</i> .....	403
B- Le monopole dans la pensée néolibérale.....	406
<b>Paragraphe 2:</b> Les débats contemporains autour des fondements du droit de la concurrence .....	409
A- Les paradigmes d'inspiration égalitaires.....	410
b- L'ordolibéralisme.....	410
1- L'ordolibéralisme contre la pensée classique .....	410
2- La concurrence pour le marché.....	413
b- La théorie structuraliste.....	415
1- Racines intellectuelles du structuralisme .....	415
2- L'idéal d'une concurrence égalitaire .....	417

B- Les paradigmes favorables au laisser-faire .....	420
a- Le paradigme de Chicago.....	420
1- La réfutation du paradigme <i>SCP</i> .....	420
2- L'efficience au fondement de la légitimité de la norme concurrentielle.....	424
b- Le paradigme autrichien .....	426
1- Le radicalisme philosophique autrichien .....	427
2- Un processus concurrentiel sans droit de la concurrence .....	429
<b>CONCLUSION GENERALE .....</b>	<b>435</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE GENERALE.....</b>	<b>441</b>
<b>INDEX ALPHABETIQUE.....</b>	<b>481</b>
<b>TABLE DES MATIERES .....</b>	<b>485</b>