

Document 1 de 1



Cahiers de droit de l'entreprise n° 5, Septembre 2016, entretien 5

Controverses autour des enjeux actuels du droit de la concurrence

**Entretien AVEC Pierre-André Buigues
PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE,**

**et Guy Canivet
ANCIEN MEMBRE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL
PREMIER PRÉSIDENT HONORAIRE DE LA COUR DE CASSATION,**

**et Olivier Fréget
AVOCAT, ASSOCIÉ, CABINET Fréget-Tasso de Panafieu,**

**et Christophe Jamin
PROFESSEUR DES UNIVERSITÉS
DIRECTEUR DE L'ÉCOLE DE DROIT DE SCIENCES PO**

Sommaire

À l'occasion de la récente publication de l'essai important de Maître Olivier Fréget « La Concurrence. Une idée neuve en Europe et en France », le Professeur Christophe Jamin a convié son auteur à débattre avec deux grands spécialistes de la matière : un juriste, le Premier président Guy Canivet, qui a joué un rôle clé dans l'évolution du droit français de la concurrence après l'ordonnance du 1er décembre 1986 ; un économiste, le Professeur Pierre-André Buigues, qui fut longtemps conseiller économique à la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne.

À cette occasion, Maître Olivier Fréget revient sur sa conception du droit de la concurrence et les finalités qu'il doit remplir, mais aussi sur les critiques parfois très vives qu'il formule à l'égard de son évolution actuelle en France et en Europe. À dire vrai, une double évolution dont les auteurs ne cessent de débattre sous des angles divers. D'une part, l'abandon du *market design* au profit d'un interventionnisme croissant des autorités de la concurrence sur le marché, afin de répartir directement la valeur entre les acteurs. D'autre part, une prise de pouvoir de la part des économistes, qui négligent l'apport spécifique du droit en cette matière, à la fois sur un plan substantiel et sur un plan procédural.

L'entretien qui suit est parfaitement informé de la matière et de ses mutations concrètes tout en permettant aux lecteurs de comprendre les philosophies qui les sous-tendent. C'est un entretien approfondi qui éclaire sous un jour nouveau les comportements des différents intervenants en droit de la concurrence.

Olivier Fréget, vous venez de publier un ouvrage que certains qualifient d'assez iconoclaste. Pourriez-vous, pour les lecteurs qui ne l'auraient pas lu, résumer en quelques mots les principales thèses qu'il contient ?

Je ne reprendrai pas le terme d'iconoclaste. Je ne crois pas qu'il le soit. Certains n'hésiteront pas à considérer qu'il serait même un peu réactionnaire, ce qu'il n'est pas non plus. Il tente de reposer et de reformuler une interrogation qui a, me semble-t-il, disparu au tournant des années 2000 en droit de la concurrence : pourquoi la concurrence ? L'approche pourra apparaître comme réactionnaire car elle tente de revaloriser l'approche des ordo-libéraux allemands et c'est une idéologie qui, lorsqu'elle n'est pas décriée, apparaît comme dépassée. Ainsi la question est simple, est-ce que la concurrence est seulement un moyen, une boîte à outils de la politique économique ou est-ce que c'est quelque chose de plus fondamental qui renverrait à la fois à la vocation démocratique de nos sociétés européennes - voire, dès lors que dans le droit de l'Union, la concurrence est un élément fondamental -, à une partie de notre identité européenne. Le livre s'essaie ainsi à explorer la concurrence selon plusieurs angles : un axe, d'abord, quasi philosophique et politique : voir quel rôle a joué la concurrence ou le principe de concurrence libre et non faussée dans le projet européen et dans nos sociétés ; puis, un axe plus juridique, qui est de faire ressortir cette approche ordo-libérale dans la mise en oeuvre juridique des principales règles du droit de la concurrence ; et enfin, dans une troisième partie, un peu plus polémique, politique, mais qui assume de l'être, une sorte d'appel à une réinstauration d'une politique de concurrence fondée sur une concurrence comme finalité et non comme moyen. C'est un discours à destination de nos concitoyens, qui se méfient de la concurrence, mais également de la partie importante de nos élites qui, en réalité, la méprise et valorise toujours l'interventionnisme étatique. Symétriquement, il est également sans concession à l'égard de la politique de concurrence telle que mise en oeuvre par la Commission européenne depuis le début du XXI^e siècle. Il me semble que la manière dont, depuis cette date, la Commission européenne a changé ses finalités, ses moyens d'actions dans l'application du droit de la concurrence, peut aujourd'hui participer et même nourrir finalement une certaine réticence, même à l'égard de la concurrence.

La première partie de l'ouvrage, qui est la plus fondamentale à mon sens, est de dire que la concurrence c'est finalement l'état souhaitable qu'on devrait atteindre dans une société démocratique, puisqu'elle est synonyme d'ouverture, de remise en cause des positions acquises, du mérite, et donc, d'une authentique égalité des chances, d'une authentique liberté des Modernes. J'essaie ici de relier ces idées avec d'autres courants philosophiques : libéraux, ordo-libéraux, puisque ce sont les allemands de l'après-guerre qui transforment une approche philosophique de la concurrence en une approche politique et juridique. Finalement oui, la finalité du droit de la concurrence m'apparaît être un outil « anti-verrouillage » qui doit donner à chaque individu, en fonction de ses mérites, un droit de se réaliser. Mais il ne faut pas confondre le moyen d'y parvenir - la valorisation de l'efficacité et du risque dans la sphère économique -, avec l'objectif politique, celui d'une société libre, concurrentielle, dans laquelle chacun a la possibilité de « courir seul » ou avec les autres, selon l'étymologie du terme « concurrence », de définir sa propre différence, de trouver des gens qui apprécient cette différence, et donc, en rémunèrent les produits, ce qui peut les amener à obtenir des positions de pouvoirs politique et économique, dont le droit doit s'assurer qu'ils ne les confisquent pas.

Bio Express :

[#9652] Pierre-André Buigues

Pierre-André Buigues est professeur à l'Université de Toulouse en stratégie (Toulouse Business School) et consultant. Avant de rejoindre TBS, il a occupé des fonctions d'économiste à la Commission européenne à Bruxelles et de conseiller économique à la Direction générale de la concurrence. Son domaine d'expertise est l'impact économique des politiques de concurrence et industrielles. Pierre-André Buigues est ingénieur Sup Elec de formation. Il a un doctorat de l'Université de Paris en sciences et un doctorat de l'Université d'Aix-Marseille en gestion. Il est l'auteur de 10 livres et de plus de 40 articles académiques.

À titre liminaire de notre débat, pouvez-vous nous en dire un peu plus sur l'ordo-libéralisme ? En effet, en lisant votre livre, on a l'impression d'y voir, non pas une forme de réhabilitation, mais plutôt de réactualisation de

l'ordo-libéralisme. On a le sentiment que votre point de départ est le même que celui des ordo-libéraux, à savoir que le marché n'est pas une donnée naturelle, mais une véritable construction du marché et une construction qui se fait par le droit. Je pense que ce point est central dans votre pensée.

Complètement. Je suis arrivé à l'ordo-libéralisme d'une façon presque étrange, via Foucault, par son cours au Collège de France. Et c'est par là que j'ai découvert et retrouvé une certaine filiation avec ce que ma pratique professionnelle m'a amené à expérimenter. Donc qu'est-ce que l'ordo-libéralisme ? Du moins qu'est-ce que je retiens de l'ordo-libéralisme ? C'est l'idée que le marché n'est pas une donnée naturelle, mais une construction sociale qui a besoin d'être constituée par le droit, d'où l'idée centrale chez les ordo-libéraux d'une constitution économique. Le marché existe par le droit qui en assure le maintien de la possibilité, donc de son ouverture, en empêchant les rentes de devenir pérennes. Un exemple que je rappelle toujours est celui des foires de Champagne : il ne peut pas y avoir de « foire » sans un système de poids et de mesures ; et quand j'ai un marché avec un système de poids et mesures, il me faut un juge pour gérer la balance ; en s'assurant que les poids et mesures sont respectés, ce dernier permet à des nouveaux entrepreneurs de tenter leur chance et il chasse ceux qui trichent. Autrement dit, il y a une construction coextensive de l'État et du marché. Celle-ci est d'ailleurs historique en Europe. À partir de là, le marché n'est pas un état spontané, un état qui apparaît naturellement, mais un état fugace qui peut disparaître. Ce qui signifie que, si l'on n'est pas là pour l'entretenir, il se referme sur lui-même, il tend, si on veut être simpliste, vers le monopole ou l'oligopole, donc vers sa disparition. C'est pourquoi, il nous faut une politique infinie, continuelle, visant à maintenir ouverte cette possibilité que les Hommes ont de se mettre en concurrence, c'est-à-dire d'échanger, d'expérimenter, ce qui génèrent des rivalités, mais de manière civilisée. Pour cela, si l'on dit que le droit était ce qui rendait possible l'apparition de la « forme » marché, cela signifie également qu'il en est constitutif. Et le grand apport des ordo-libéraux est d'avoir posé qu'il fallait une constitution économique qui garantisse le fonctionnement du marché. Après, les outils que l'on utilise et les formes de marché que l'on propose de sauvegarder peuvent évoluer dans le temps. Et là-dessus peut-être que la vision originale des ordo-libéraux allemands dans sa partie économique a été dépassée. Mais l'originalité de l'ordo-libéralisme, c'est précisément une discussion et un dialogue entre juristes et économistes ; ça n'est pas une préemption du débat par les uns ou par les autres.

M'autorisez-vous à relever ce qui me semble être une ambiguïté dans votre propos ? J'entends bien que le marché soit une construction de l'État, mais à vous lire, on a l'impression que vous souhaiteriez que le marché remplisse en définitive tout l'espace social. Or, traditionnellement - et l'on peut renvoyer ici à « La grande transformation », l'ouvrage classique de Polanyi -, le marché est circonscrit à certaines activités seulement, essentiellement économiques, alors que toute une part des activités sociales ne ressort pas du domaine du marché. L'État dit : il y a une part pour le marché, et une autre qui ne lui revient pas. Or, une fois encore, à vous lire, j'ai l'impression que vous voulez étendre considérablement cette part du marché, à tel point que si l'État est certes toujours présent, il est susceptible de laisser la plus grande place, une part sans cesse croissante, au marché, par exemple, en matière de distribution des fonctions publiques.

J'assume assez bien l'idée provocatrice d'une « société de marché », pour reprendre une expression récente, si l'on entend par cela une société qui valorise la pluralité des possibles, des trajectoires. J'assume l'idée d'un individualisme ontologique qui doit pouvoir s'exprimer par l'échange, notamment économique. Tous les types d'échanges peuvent, en ce sens, être considérés comme formant des « marchés ». Ce que j'appelle « marché » ne recouvre pas ainsi seulement les échanges qui mettent en oeuvre une rémunération monétaire ; il existe un marché des idées où la réputation, par exemple, joue le rôle de la rémunération, un marché des « places » où la rémunération est dans le gain de pouvoir. Ce qui est important tient à l'absence de confiscation de la pluralité de ces échanges par quelques-uns, le maintien de leur fluidité. Quel est le rôle de l'État dans cette perspective ? Essentiellement une fonction régaliennne de ne pas confisquer ou laisser confisquer ces échanges, cette pluralité d'offres et de demandes, par quelques-uns. À ce titre-là, je ne vois pas comment on pourrait - quand on est démocrate, c'est-à-dire quelqu'un cherchant le régime politique qui permet au plus grand nombre de s'accomplir dans le respect des autres - faire de la protection du « marché » comme surface d'échanges autre chose qu'une finalité, et donc ravalier l'État au rang des moyens au service de cette finalité.

Bio Express :

[#9652] Guy Canivet

Guy Canivet a été magistrat de 1972 à 2007 : Premier président de la cour d'appel de Paris de 1996 à 1999, il a ensuite été Premier président de la Cour de cassation de 1999 à 2007. Professeur associé à la Faculté de droit de Paris V-René Descartes de 1994 à 2003, il a également été Professeur associé à Sciences Po de 2003 à 2008. De 2007 à 2016, il était membre du Conseil constitutionnel.

Je vais reprendre, d'abord, certains des thèmes sur lesquels nous avons pu partager nos points de vue, Olivier Fréget et moi-même, en particulier sur cette révolution du début des années 2000. Elle a, pour lui, amené la Commission à substituer dans la politique de concurrence une approche qui serait centrée sur la recherche d'une concurrence dite libre, à une nouvelle approche qui serait à son sens la poursuite du surplus du consommateur, quantitativement mesurable.

Pour Olivier Fréget, c'est là que se situe la grande révolution, le changement de paradigme, sur lequel il porte un regard assez négatif. Et pour lui, l'avènement de cette nouvelle approche a pris appui et sur l'économisme et sur la mise en place d'un chef économiste à la Commission.

Même si j'ai rejoint le monde académique aujourd'hui, j'ai été pendant plus de vingt ans à la Commission européenne et j'ai contribué à la mise en place du chef économiste dont j'ai été le premier adjoint, lorsque Mario Monti a décidé d'introduire un certain nombre de changements structurels dans la direction générale de la concurrence.

C'est un sujet de débat entre nous, car je ne pense pas qu'il y ait eu ce genre de grande révolution au sein de la direction générale de la concurrence. Je crois qu'il faut se remettre en mémoire ce qui s'est passé, en octobre 2002, avec le jugement du Tribunal de première instance de la Cour européenne qui a annulé le veto de la Commission européenne sur la fusion *Schneider-Legrand*. Il faut voir qu'à l'époque Mario Monti et les services de la direction générale de la concurrence ont été désavoués trois fois en à peu près quatre mois. Si on lit le jugement, que nous dit le tribunal ? « L'analyse économique réalisée par la Commission est affectée d'erreurs et d'omissions, qui la privent de valeurs probantes ». Il est clair que le message des trois vetos en quelques mois a provoqué un choc profond. Qu'a fait Mario Monti ? On a eu des discussions assez interminables à l'époque, plusieurs groupes de réflexion internes ont vu le jour. Quand on a un tel jugement, on commence à se poser la question : comment améliorer la qualité des analyses économiques qui sont réalisées par les services ? Il y a plusieurs changements qui ont été introduits.

Certains ont porté sur la structuration sectorielle du contrôle des concentrations. Olivier le dit dans l'ouvrage : à l'époque, on avait la puissante *Major Task Force*. Ce que l'on va faire, c'est reprendre les unités qui sont chargés du contrôle des concentrations et on va les rattacher à des directions sectorielles qui étaient jusqu'alors en charge des ententes. J'ai tout à fait soutenu ces changements. Pourquoi ? Parce que cela a renforcé considérablement la connaissance sectorielle des marchés, alors que nous avions à l'époque, à l'intérieur de la Commission, des expertises séparées.

C'est surtout sur le second point que l'on peut débattre, celui de la mise en place du *chief economist*. Il y a une chose qu'Olivier semble ignorer, c'est qu'à l'époque, la Commission européenne était sous-équipée en économistes. Si on la compare au *Bundeskartellamt*, il y avait 50 % d'économistes au *Bundeskartellamt* contre 28 % à la Commission européenne, et en comptant très large. De plus, au *Bundeskartellamt*, dans tous les cas de concentration, il y a un économiste qui est forcément associé dès le début de l'investigation. À la Commission européenne, il y a des cas où il n'y a aucun économiste de formation qui est impliqué dès le début de l'investigation dans le travail sur le cas. Si l'on prend le modèle de la *Foreign Trade Commission*, à l'époque, ils étaient cinquante-cinq économistes, et la plupart étaient titulaires d'un doctorat en économie et très en avance par rapport à la Commission en matière d'analyse

économique.

C'est un point qui est, à mon avis, fondamental : on a une direction générale de la concurrence qui, pour des raisons historiques, était vraiment intellectuellement sous-équipée du point de vue de l'analyse économique. C'est pour cela que le reproche précité a porté ; il ne faut pas aussi oublier que Mario Monti, économiste de formation, a été terriblement meurtri. On a donc ouvert la porte.

L'arrivée du *chief economist*, c'est une dizaine d'économistes au départ, c'est-à-dire une équipe relativement limitée. Dix ans après, l'équipe s'est renforcée, mais ça reste une équipe restreinte.

Tout d'abord, l'économisme, ça n'est pas l'économie. Je ne critique certainement pas l'idée que nous ayons besoin d'une réflexion économique en droit de la concurrence, et moins encore d'économistes. La question est autre : où l'économie a-t-elle sa place ? Et en fonction des domaines - que l'on s'intéresse au contrôle des concentrations ou au droit répressif de la concurrence - je ne pense pas que la place et le rôle de l'économie soient les mêmes.

Ensuite, je ne date pas de 2002 le problème de « l'économisme » - qui doit être distingué d'une meilleure utilisation de l'économie -, et je n'assimile pas l'économisme à la remise à jour de réflexions grâce à l'économie industrielle. 2002, c'est plutôt la fin du retournement de perspectives.

Si une date doit être retenue, je la placerais bien avant, plutôt avant 1999, à partir du moment où les thèses de Robert Bork sur l'*anti-trust paradox* ont commencé à être utilisées en Europe pour qualifier le droit européen de « vieille chose » dépassée en disqualifiant l'ordo-libéralisme qui était à sa base, au lieu de tenter de l'adapter. Ce travail de sape, sous couvert d'une vérité économique révélée, en est venu à remettre en cause la légitimité même du droit de la concurrence. L'idée qu'il y ait un *chief economist*, réponse que fait Mario Monti aux critiques très sévères de la Cour, ne me pose aucun problème. Je la comprends et, à titre personnel, j'ai un certain respect pour le courage de la personne politique. Ce que j'appelle l'économisme, ce n'est pas d'avoir des économistes qui interviennent pour définir une doctrine, c'est le passage de la réflexion économique à la règle de droit sans avoir un juriste, dans un dialogue avec un économiste, pour formuler une règle de droit. C'est ça pour moi l'économisme : c'est de considérer que l'économie en tant que telle puisse être une source, au sens juridique du terme, de la règle, sans passer par un travail intellectuel d'élaboration, qui est d'autant plus important que l'on va parler d'un droit répressif.

J'ai nettement moins de soucis finalement à voir une importance énorme accordée à l'économie dans le domaine du contrôle des concentrations, puisqu'il s'agit d'un régime d'autorisation et que l'économie y joue un rôle irremplaçable de « boule de cristal » en fournissant la possibilité d'un débat rationnel, avec la possibilité d'une réfutabilité des opinions. Heureusement, tout ne peut pas être réellement soutenu en économie. Pour déterminer l'effet d'une concentration, il faut bien avoir recours à un outil scientifique qui permette de rationaliser le débat, et la théorie des jeux ainsi que l'économie industrielle sont des outils indispensables. Ce qui me pose difficulté se trouve essentiellement dans le domaine répressif et est illustré par le rapport de l'*Economic Advisory Group for Competition Policy* (EAGCP) mis en place auprès de Mario Monti pour le conseiller quant à une réforme des conditions d'application de l'interdiction des abus de position dominante : en deux mots, il s'agit de la proposition de mettre en place une politique répressive des abus de position dominante selon des règles qui seraient déterminées en fonction de l'analyse économique que l'on fait de la situation. Donc, je n'ai certainement rien contre le *chief economist* et la présence d'économistes, et l'économisme, ça n'est pas l'économie dans le droit, c'est une dérive pour faire du droit de la concurrence sans règles générales.

Bio Express :

[#9652] Olivier Fréget

Avocat associé du cabinet Fréget-Tasso de Panafieu, Olivier Fréget accompagne et représente ses clients devant les juridictions françaises et européennes sur toutes les questions liées au droit de la concurrence et de la régulation. Reconnu pour la qualité de son expertise et ses connaissances techniques dans les nouvelles technologies, il est particulièrement sollicité dans les télécommunications, l'énergie, les médias et le secteur pharmaceutique. Il enseigne actuellement le droit de la concurrence à l'Institut d'Études Politiques de Paris.

Je voudrais revenir sur ce qu'a dit Olivier Fréget, à propos de son livre. Sa présentation est trop modeste. En réalité, son ouvrage est ambitieux. Il est inspiré, porte des jugements et formule des propositions, même si ces dernières sont en retrait par rapport à l'examen critique qu'il met en oeuvre. Sur l'ambition, l'auteur intègre l'idée de concurrence - j'utilise le mot d'idée à dessein - dans un courant de pensée politique, économique, philosophique et social. Ce livre est déjà remarquable pour cela. Il a également l'ambition de situer l'idée de concurrence dans l'Histoire - il remonte même à Jacques Coeur. Je trouve très intéressant ce qu'il dit de l'évolution de la concurrence dans l'histoire contemporaine, en expliquant la montée du nazisme par les cartels allemands et en liant l'émergence du colonialisme au partage des marchés d'Outre-Mer entre les grandes puissances. L'ambition est enfin de positionner le droit de la concurrence dans un appareil normatif global au sommet duquel se trouverait une constitution économique reposant sur un principe fondamental de compétition. Toutes ces idées sont évidemment à discuter. C'est aussi un livre inspiré. Il oppose le mouvement au monde figé, l'innovation aux positions acquises, le mérite à l'héritage. Il montre que l'idée de concurrence exige une déontologie de comportement autant pour les entreprises que pour l'État. Sur le rôle de la puissance publique, il reprend très à propos les thèmes de l'ordo-libéralisme reposant sur un État ordonnateur et gardien de la concurrence.

Il faut encore parler de l'inspiration démocratique. Tout ce qu'il dit de la promotion par le mérite et d'une société ouverte est une ardente défense de la promotion sociale et de l'égalité des chances. Enfin, ce livre pose des jugements. Il montre que l'idée de concurrence est exposée depuis le début des années 2000 au risque d'une bureaucratie concurrentielle. Ce qui vient d'être dit sur l'organisation de la Commission, est bien un débat bureaucratique sur la position des économistes par rapport aux juristes et ce que Olivier Fréget dit de la régulation et de l'« économocratie » montre que l'on a dénaturé l'idée de concurrence par sa mise en oeuvre technocratique. Sur le thème de la technocratie concurrentielle, on pourrait, à mon avis, aller beaucoup plus loin. Finalement, le message du livre est que, bien que la concurrence ne soit pas une utopie, le rêve a quand même été brisé, car l'idée de départ de l'OCDE a été faussée par une approche des concentrations ou des cartels très inspirée par le droit américain ; ce qui en change les finalités. Pour revenir à l'univers français, il y aurait aussi des choses à dire sur le rêve brisé de l'ordonnance de 1986.

Comment est perçue l'importance de la politique de la concurrence à la Commission ? On trouve à la Commission des allemands, des français, des italiens, qui ont, en y arrivant, des conceptions, des philosophies de la concurrence et de la politique industrielle, qui n'ont rien à voir. Pour les allemands, par exemple, le terme concurrence a une valeur positive en soi. Si on leur parle de politique industrielle, c'est mal, c'est une politique d'intervention. Pour les français, c'est exactement l'inverse. On a véritablement un choc culturel que je ressens très fortement. Le *Bundeskartellamt* en Allemagne est une institution unanimement respectée, qui a un pouvoir considérable.

Il y a quelques années j'avais fait une comparaison entre le *Bundeskartellamt* et l'Autorité de la concurrence française. On voit que, encore aujourd'hui, le *Bundeskartellamt* a, pour les opérations de cartels, de concentration qui relèvent des autorités nationales, un pouvoir plus important et des décisions plus nombreuses que celui des autorités françaises de la concurrence. Or, la Commission européenne est composée de français, d'allemands, d'italiens, etc., qui chacun amène son histoire. Olivier dit qu'il y a une évolution marquée à partir des années 2000, à la suite de ces décisions, et on est alors passé de l'ordo-libéralisme allemand à une autre approche, l'économisme.

Si je vous comprends bien, Olivier Fréget considère qu'à partir des années 2000, à la Commission, on serait passé d'une conception dominante très inspirée par l'ordo-libéralisme à une autre conception plus certainement

dominée par des considérations tirées d'une logique de politique industrielle ? L'analyse d'Olivier Fréget constituerait en définitive une critique des dérives nées de ce changement de conception, voire de paradigme ?

D'après ce que j'ai lu, on est passé de la mission de réguler les rapports de concurrence dans l'espace européen à une politique d'organisation des marchés. L'autorité, à qui est confiée la mission et sont donnés les moyens de protéger la concurrence, utilise finalement son pouvoir pour imposer sa conception de l'organisation optimale du marché. L'aboutissement de tout cela, ce sont les dernières décisions de l'Autorité de la concurrence qui prétendent, par exemple, fixer le nombre de grandes surfaces dans Paris ; c'est aussi la loi *Macron* qui confie à l'Autorité de la concurrence le soin de déterminer le nombre d'avocats, de notaires, ou d'autres professions juridiques dans une zone déterminée. C'est un retour à l'économie administrée. Je n'ai pas l'expertise que vous avez sur la manière dont la Commission a évolué, mais il me semble qu'il y a en France comme en Europe, un glissement dans les finalités du droit de la concurrence.

Effectivement il y a la possibilité, qui a été rendue possible par des nouveaux outils procéduraux, de dépasser le simple *market design* pour aller vers une intervention directe dans le marché pour répartir directement la valeur entre les acteurs.

Cette tendance se dénote fortement dans le secteur des télécommunications. Quand on est dans une situation comportant des droits exclusifs et spéciaux, il est sûr que le marché est à construire, et le droit de la concurrence ne peut rester indifférent en disant que l'instauration de la concurrence va se faire toute seule : je constate un degré zéro de monopole, j'ai un monopole légal qui l'a rendu illégale et il faut en sortir, il faut bien recréer la possibilité de concurrence. On est nécessairement un peu démiurgique dans cette perspective, et, dans cette démiurgie, il faut d'ailleurs un juge pour contrôler le pouvoir qui va « dessiner » ce marché. Ainsi, en soi l'idée qu'il y a des défaillances du marché - le monopole légal en étant une - et qu'il faille sortir de ces situations par la reconstruction active d'une concurrence, y compris en protégeant certaines entreprises en enfance, c'est une chose que je serai le dernier à contester. Mais on est allé au-delà de cela, et c'est effectivement ce vous venez de décrire, et qui pour moi est le coeur du problème.

Je pense à ces cas très particuliers, parfois à l'occasion du contrôle des concentrations, parfois en dehors, où les autorités se sont essayées au mécano industriel. Au lieu de dire, comme le *Bundeskartellam* l'a longtemps fait me semble-t-il, « oui » ou « non », on va dire « oui peut être », « cela se négocie », on va discuter ensemble d'un état de marché qui, à moi Autorité, me semble préférable. Dans d'autres domaines, il peut s'agir d'habiliter l'Autorité de concurrence à effectuer sur un marché, au nom de la concurrence, des interventions directes, qui, en quelque sorte, en sont l'antithèse. Ces interventions peuvent prendre des formes qui peuvent sembler très naturelles comme, par exemple, faire définir par une autorité de concurrence quel devrait être le nombre adéquat de médecins ou de notaires - au lieu de modifier les règles qui font que le marché ne trouve pas spontanément son « bon » nombre de notaires ou d'avocats. C'est dans ces cas que l'économisme va servir de paravent. Il peut même s'apparenter à un scientisme qui va me permettre de dissimuler une tentation autoritaire, et puisque l'on justifiera l'intervention par des considérations économiques, tenter de disqualifier par avance la possibilité pour le juge d'en discuter. Il me semble que c'est là que se manifeste la rupture avec l'ordo-libéralisme ; ce n'est pas franchement une rupture dans les textes, ce n'est pas 2002. 2002, c'est l'évitement du juge par l'invocation de « vérités économiques » qui dissimulent des éventuels abus de pouvoir. Je vais être très brutal, mais je pense qu'il y a aujourd'hui dans toute l'Europe du droit de la concurrence, et pas seulement à la Commission, une volonté délibérée d'éviter le juge. Nous verrons avec Margrethe Vestager si cette tendance se confirme sous son mandat ; la personnalité du commissaire à la concurrence est en effet déterminante. Mais, à compter du tournant que j'évoquais, il y a cette idée finalement, que la *Major Task Force* a exprimé, qu'avec les outils modernes, nous avons la capacité de penser et de construire, au cas par cas, un fonctionnement du marché « plus » rationnel. Et en ce sens, peut-être que cela se rejoint avec l'expérience que Pierre-André Buigues a des français, allemands et autres : il y a toujours une conviction ancrée au tréfonds de chaque français que le marché est une structure irrationnelle qui ne voit pas le long terme. Je me souviens d'un homme politique français qui disait que « le marché est myope », comme si l'État avait nécessairement une meilleure vue ! Il y a donc cette idée d'introduire de la rationalité dans le marché par la force de l'action de nouveaux « préfets de la concurrence » qui, grâce à la science économique, sont parés d'une vision extra-lucide, ce qui est « bon pour le consommateur ». Et c'est cette addition entre intervention sur les cadres du marché - comme en télécommunications - et le fait que l'on ne soumet plus cet exercice du pouvoir au contrôle d'un juge

indépendant, qui vérifie si la règle qui a été appliquée pour restructurer est démontrable, qui me semble avoir marqué un tournant. Cela a ainsi peu à voir avec une contestation de l'usage de l'économie dans le droit de la concurrence, mais plus à voir avec l'expulsion des juristes, et de leur rôle fondamental : celui de penser le rapport entre la règle et le pouvoir. Pour moi, le droit est contre le juge, et donc, s'il n'y a pas de juge pour vérifier l'application de la règle, quelles que soient les bonnes intentions économiques dont on est animé, l'arbitraire qui va suinter de l'action des autorités publiques se sera équilibré par aucun « surplus » du consommateur.

J'entends bien votre discours, mais ce qui me gêne dans celui-ci, c'est que vous présumez une certaine rationalité du juge qui diffère en quelque sorte par nature de celle des économistes. Or, le juge sert différentes rationalités. Vous avez l'air de présenter le droit contre l'économie, mais le droit n'est pas un bloc, et il n'est pas plus rationnel que l'économie. Même si vous donnez du pouvoir au juge, ce dernier est capable de délivrer un discours équivalent à celui des économistes. Et il ne vous satisfera pas plus que celui des économistes. Bref, le droit n'a peut-être pas de contenu, ou plusieurs contenus possibles...

Je ne surinvestis pas dans l'idée qu'il y ait une rationalité supérieure des juristes, je pense que là où il y a une rationalité dans l'application du droit, c'est quand il y a une dialectique entre l'application de la règle, son évolution en fonction des circonstances, et le rôle du législateur. Ce n'est pas tant le « Droit » que je célèbre que le procès en réalité : la mise en accusation de la règle par le procès, pour la pousser jusqu'à sa limite. Le juge n'a pas à servir des rationalités : il doit épuiser celle qui s'exprime dans une règle et, le cas échéant, renvoyer au législateur pour qu'il reconforme la règle, lorsqu'il l'a trop mal écrite. C'est ainsi par la dialectique qui se fait entre application, contestation, extension de la règle, puis reprise par le législateur, rôle du juge/rôle du Parlement, que se constitue notre société démocratique, et cela me semble relever d'une forme de rationalité supérieure, oui.

Bio Express :

[#9652] Christophe Jamin

Christophe Jamin est agrégé de droit privé et sciences criminelles. Ancien avocat au barreau de Paris et ancien secrétaire de la conférence, il est, depuis plus d'une décennie, Professeur des universités à Sciences Po, après avoir été Professeur à l'Université Lille 2 et membre de l'Institut universitaire de France. Il est le doyen de son École de Droit qu'il a contribué à fonder et dirige le master de droit économique. Il est par ailleurs directeur de la Revue trimestrielle de droit civil et membre de la Commission supérieure de la codification.

Sur le rôle du juge, ma position est encore plus radicale que la vôtre. Prioritairement, l'appareil législatif de la concurrence, qu'il soit national ou de l'Union européenne vise, pour reprendre l'expression de la Cour de justice, à créer des droits, « dans le chef des particuliers ». Il s'agissait donc de confier aux opérateurs économiques eux-mêmes la possibilité de mettre en oeuvre les droits que leur confèrent les règles de concurrence dans leurs rapports économiques, en saisissant les juridictions de droit commun des litiges concurrentiels qui les opposent. Les autorités de la concurrence n'avaient vocation à intervenir qu'en cas de défaillance de ce mécanisme contentieux ordinaire pour la régulation administrative du marché ou, en appui à ces actions en justice, en fournissant des avis aux juridictions et une aide probatoire aux parties. L'évolution du droit de la concurrence devait donc être jurisprudentielle dans un rapport dialectique entre les parties et les autorités. Dans ce cadre juridictionnel, l'avis des économistes devait être soumis à un débat critique de manière à ce que la doctrine administrative soit constamment remise en cause.

Le même débat critique aurait pu ou dû avoir lieu à l'occasion des recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence - à l'époque le Conseil de la concurrence - devant la cour d'appel de Paris. Lors de la mise en oeuvre de

l'ordonnance de 1986, le projet de la cour était de constituer un groupe d'experts indépendants, à la disposition des parties, capable de soumettre à critique les analyses de l'autorité administrative. Mais, malheureusement, pour diverses raisons, cela ne s'est pas passé comme cela. L'évolution a été, comme vous l'avez dit, la prise de pouvoir des autorités de la concurrence sur la doctrine économique de la concurrence et la marginalisation des juridictions qui se sont bornées à un contrôle procédural des décisions. Ce que je dis est sans doute schématique, mais montre bien la tendance, au moins jusqu'à l'époque à laquelle la chambre commerciale de la Cour de cassation a eu les moyens de réagir.

À l'inverse, comme vous l'avez dit, les juridictions de l'Union ont eu une approche beaucoup plus critique sur le fond des décisions de la Commission. Sans doute parce qu'elles ont su tirer un meilleur parti du débat contradictoire et qu'elles n'ont pas hésité à mobiliser des experts. Elles ont donc annulé beaucoup de décisions de la Commission, notamment en matière de concentration, en invalidant ses analyses économiques. L'expression « erreur dans l'appréciation économique » qui vous a choqué, Pierre-André Buigues, n'a aucune connotation péjorative. Elle vient du système de contrôle des juridictions de l'Union qui, sur les appréciations de fait de la Commission, ne procèdent qu'en un contrôle de l'erreur manifeste.

Je le comprends bien, Monsieur le Premier président. Finalement, dans l'ouvrage se pose la question suivante : est-ce que la Commission, à un moment donné, a eu la volonté d'éviter les juges ? C'est un peu la thèse qui est présentée par Olivier. Il faut comprendre que la Commission, après les vetos et décisions de la Cour, se dit : un veto affecte ma crédibilité. Il faut éviter de telles mésaventures dans le futur, mais l'objectif n'est pas d'éviter la Cour, c'est de mieux intégrer les différents acteurs dans la décision.

Il y a une pression des entreprises elles-mêmes pour être des membres beaucoup plus actifs dans les discussions sur les décisions. Sans cesse, le commissaire et les services reçoivent des coups de téléphone des parties, des demandes de réunions qui sont interminables, etc. Est-ce que la Commission, qui est soumise à ces pressions extérieures, doit fermer la porte aux entreprises qui souhaitent trouver des arrangements ? Cela soulève quand même des questions de fond.

Oui, c'est une vraie question, car il est évident qu'une solution négociée est plus proche des intérêts privés respectifs des parties que ne le serait la décision de l'Autorité. Mais en matière de concurrence, il ne s'agit pas de rechercher la solution optimale pour les parties mais une solution utile pour la protection du marché. C'est en premier lieu l'intérêt général qui est en cause. En matière de concentration, il s'agit de savoir sur quoi on négocie, sur la protection du marché ou sur ce qui est la limite acceptable pour les entreprises afin d'éviter des recours. Le même biais existe en ce qui concerne les pratiques anti-concurrentielles. Pour éviter une sanction trop lourde, les entreprises acceptent parfois, sans discussion, des griefs notifiés par l'Autorité qui ne correspondent pas nécessairement à la réalité. On pourrait en citer des exemples. Ce qui conduit, ensuite, à des situations juridiques inextricables. Si ces procédures négociées ont, pour les autorités, l'avantage de limiter des coûts d'administration de la preuve, de procédure ou de recours, ces économies de moyens ne doivent pas aller à l'encontre de l'essentiel de leur mission qui est d'assurer une concurrence libre et non faussée sur le marché.

L'absence de transparence dans laquelle le droit de la concurrence est officieusement est d'ailleurs absolument consternante. Quand même la force de Jean Monet - j'en reviens à la CECA -, c'était d'affirmer que la Commission devrait être « une maison de verre ». La réduction de la transparence des discussions dans l'application du droit de la concurrence ces vingt dernières années est effrayante. Alors même d'ailleurs que les pays du nord de l'Europe essayaient de nous montrer la possibilité de pratiques administratives différentes. Ces négociations « à bureaux fermés » dans lesquelles personne n'a pleinement accès aux dossiers, sauf les autorités et les parties mises en cause, alors que le débat intéresse toute la société, m'inquiètent. Ce n'est plus seulement dans le cadre du contrôle des concentrations que l'on négocie, mais également en cas d'abus de positions dominantes - lesquels d'ailleurs, pour une raison que je ne comprends pas, sont traités de manière moins sévère que le cartel, comme si le fait de commettre un crime à plusieurs était d'une nature foncièrement différente que de le faire tout seul, et toutes ces négociations ne sont qu'en apparence transparentes. Certes, le cas échéant, on consulte, mais les parties consultées n'ont pas accès au dossier. C'est d'autant plus inquiétant

que dans toutes ces procédures négociées, la monnaie d'échange c'est la tranquillité de l'autorité qui poursuit. Elle sait qu'un bon accord avec les contrevenants va lui permettre d'avoir à se justifier devant le juge. Tous ces éléments-là n'ont rien à avoir avec l'économie. Pour autant, ils ont été rendus possibles par un retrait de la pensée juridique sur l'équilibre des pouvoirs, sur le rôle des contradicteurs, sur la notion de preuve, qu'est-ce qu'un expert qui dit vrai, comment je vérifie que l'expert est de qualité, au profit d'une vulgate sur la bonne gestion des ressources des autorités de concurrence, laquelle justifie qu'en échange de sa tranquillité, elle accorde, le cas échéant, aux parties mises en cause un traitement plus favorable. C'est toute une réflexion procédurale qui est l'essence du droit qui a été évacuée du débat au profit d'un débat « économiste ».

Il y a deux éléments de réponse. Le premier a trait à cette question des négociations. Je comprends bien les objections et les problèmes qui ont été soulevés sur le manque de transparence, sur le fait que l'on peut déboucher sur des remèdes qui vont à l'encontre même du droit, mais quelle est la solution ? Supposons même que l'on donne à un juge la possibilité d'avoir accès au dossier, de regarder, et d'aboutir à la conclusion que finalement le résultat de la négociation n'est pas acceptable du point de vue d'un certain nombre d'arguments. Que se passe-t-il ? Concrètement, pour les parties qui sont engagées dans ce processus de concentration, que cela signifie-t-il ?

Cela veut dire que le cas échéant, on va annuler la décision... et ce n'est pas tant le problème. Combien de permis de construire sont annulés en France sans que l'on se pose cette question. Un droit qui refuse l'annulation comme conséquence naturelle de sa violation n'a plus aucune valeur. Je vais vous donner un exemple précis : vous avez une communication remède. Vous la connaissez ; elle date de 2002. Qu'est-ce que dit la communication sur les engagements que peut prendre une entreprise pour que son opération de concentration soit validée et que nous appelons des « remèdes » ? Elle indique la Commission ne peut accepter des engagements de la part des entreprises qui fusionnent afin de minorer l'impact de leur opération sur la concurrence, qu'à la condition qu'elles puissent démontrer qu'il n'existe pas un risque que ces engagements n'aient pas l'effet escompté - car quand l'Autorité dit non, il n'y a pas de « risques » pour le consommateur, puisque l'on interdit l'opération. Cette balance des risques devrait pouvoir être vérifiée tant au moment de l'opération qu'après. Cela exige un tiers indépendant de la Commission et des parties - donc un juge - qui vienne dire, avant que l'opération soit approuvée : dans votre communication remède, vous avez dit qu'on ne pouvait *a priori* pas accepter de remèdes comportementaux quand il y avait un risque qu'ils ne fonctionnent pas, plutôt que des remèdes structurels, etc. ; je constate que l'accord auquel vous êtes parvenus avec la Commission ne respecte pas cette balance des intérêts et des risques. Mais, rien n'est prévu de la sorte, et si la Commission et les parties à l'opération ont des intérêts convergents à s'accorder, personne ne pourra réellement contester la balance à laquelle ils sont parvenus, le juge communautaire ou national exerçant un contrôle restreint de ces questions. Certes, un mandataire est souvent nommé pour surveiller si les engagements seront respectés. Mais, ce *trustee* qui est une sorte de juge privé, payé par les parties, est nécessairement complaisant. C'est inhérent à son mode même de désignation : a-t-il intérêt à montrer que les engagements ne « fonctionnent » pas et donc que l'Autorité a pu être le cas échéant abusée ? Non, ni l'Autorité ou la Commission, ni les parties. Ce manque d'encadrement procédural est pathologique et pourtant il n'est pas traité car la procédure n'intéresse pas, ce n'est pas noble. Est-ce la faute de la Commission ? Un peu. Des économistes ? Certainement pas. Des juristes de concurrence ? Oui, très probablement. On a tous beaucoup abdicqué, admettant finalement que la procédure relevait de « l'intendance des réflexions économiques » qui seules comptaient. Je ne le crois pas ou plus.

Je laisse ce point à la discussion entre juristes. Mon deuxième élément de réponse porte sur la question des économistes. Je crois très sincèrement que cette question sur les remèdes n'est pas un problème d'économisme. Pour ma part, quand j'étais impliqué dans des affaires où ces questions ont pu jouer un rôle, que se passait-il ? Vous aviez des experts économistes qui étaient engagés par l'une et l'autre partie. Tout d'abord, je partage certaines critiques sur la façon dont on utilise aujourd'hui l'économie dans la concurrence, c'est-à-dire que l'on a développé des modèles économétriques très complexes. On rentre des colonnes de chiffres interminables d'un côté, et de l'autre, on obtient un chiffre à deux ou trois décimales sur l'impact sur les prix à la consommation. En fait, quand on regarde la plupart de ces modèles, on constate que les hypothèses que l'on émet sont simplificatrices par rapport à la réalité des marchés, qu'il suffit de toucher un peu les hypothèses et on peut obtenir des résultats différents. Je ne suis pas là du tout en train de dire que les modèles

économétriques sont la panacée et peuvent permettre de résoudre tout cela. Quand il y a des négociations, les parties viennent avec des analyses faites par des économistes, d'un côté et de l'autre. Les économistes ne jouent pas forcément un rôle déterminant, et ne sont pas forcément au coeur des décisions finales, qui seront prises au niveau des remèdes.

Je ne voudrais pas laisser penser que j'ai un propos anti-économiste. Ce que j'appelle l'économisme, c'est l'utilisation idéologique du raisonnement économique et de ses outils, comme l'économétrie, afin d'en faire un mode de preuve irréfragable. On se sert aujourd'hui de l'économétrie pour ne plus se poser de questions juridiques. Il y a une tentation scientiste dans cette approche que même certains juristes approuvent. Il n'y a pas dans mon propos cette idée qu'« il ne faudrait pas faire d'économie » et revenir aux bonnes vieilles conceptions des ordo-libéraux à la sortie de la guerre. La question est, comme vous venez de le dire, que lorsque plusieurs modèles proposent des résultats différents, le pari, le saut dans l'inconnu, doit se décider en fonction de l'interprétation des règles sous le contrôle d'un juge.

Je pense que vous ne parlez pas exactement de la même chose, et que, pour le coup, vous n'êtes pas nécessairement en désaccord. Pour ma part, je suis peut-être en désaccord avec Olivier Fréget sur un point. Olivier parle à chaque fois de contestation de la rationalité des économistes, qui appliqueraient une rationalité qui serait la leur, qu'il ne conteste pas en soi, mais qu'il estime insuffisante pour résoudre un certain nombre de questions. Et il nous dit : il faut réintroduire de la rationalité juridique, et le meilleur moyen de la réintroduire est de passer par le juge. Mais en définitive, il ne nous parle que d'une rationalité juridique d'ordre procédural, jamais d'une rationalité juridique d'ordre substantiel ; il parle de contradictoire, de nécessité de transparence, de capacité du juge à montrer aux acteurs qu'ils n'ont pas été jusqu'au bout de la mise en place de leur propre critères. C'est à chaque fois une rationalité d'ordre procédural. Mais si l'on s'en tient à cela, il y a un moment où l'on se dit que la rationalité juridique n'apporte aucun élément de réflexion sur un plan substantiel, sur le point de savoir quelle solution retenir à la fin. On va permettre aux acteurs d'aller le plus loin dans leurs analyses, de pousser les analyses économiques présentées d'un côté et de l'autre, mais on n'aura aucun discours de fond à substituer au discours des économistes. Et c'est là que je reste un peu sur ma faim.

Effectivement, ce que j'appelle le droit me semble être l'exercice d'une « raison procédurale » parce que lorsqu'on joue de la procédure jusqu'au bout, on a une forme de test de falsification aussi efficace que la discussion des hypothèses entre modèles. D'ailleurs, cette discussion, pour être productive de sens, doit nécessairement suivre elle-même des règles qui ne sont pas celles qui animent les débats scientifiques. Elles sont d'un autre ordre, puisqu'il s'agit avant tout de savoir si la règle telle qu'énoncée a été respectée. Quant aux finalités que poursuit la règle, elles relèvent de l'ordre politique et en droit de la concurrence aussi, elles peuvent évoluer. Après tout, le changement des administrations, Obama ou autres, font que par moment, la politique de concurrence devient très anti-fusion conglomerale ou verticale. Raison ou tort ? Et bien on le verra après avec les choix du Gouvernement, des allers-retours et d'une politique. Le choix c'est le domaine du politique, pas celui du juriste.

Oui, mais il y a une part d'idéologie derrière ce discours, derrière l'accent mis sur la seule procédure ; il y a un discours extrêmement fort qui est au centre du livre : la défense d'un certain type de société dont nous parlions au début. À chaque fois, les analyses des économistes sont regardées d'un point de vue uniquement procédural, mais ce regard masque une idéologie et des choix sous jacents, qu'on peut ou non partager.

C'est pour cela que ce que relevait le Premier président Canivet lors de sa première remarque est très juste. Ce livre exprime des choix. C'est un essai. Il valorise l'innovation en tant que telle. C'est un choix quasi philosophique que j'assume. Si je suis pour l'innovation, c'est parce que c'est le mouvement qui permet la rémunération de la prise de risque - lequel m'apparaît comme la forme ultime du « mérite ». Je me positionne ainsi effectivement contre la pérennisation des rentes, profondément contre l'héritage. Je considère, de ce fait, que plus l'on est haut dans l'échelle sociale, plus la place que l'on occupe doit être précaire. Maintenant, la stabilité des positions sociales, un certain conservatisme, ne sont pas à mes yeux méprisables. Je les comprends, mais ils ne sont pas dans ma nature. Ainsi, il y a un choix politique derrière ce discours et je ne cherche pas à dissimuler mes convictions profondément libérales. Pour autant, en appelant au respect de la procédure, en voyant dans le procès une valeur en soi et en faisant de l'encadrement du pouvoir des autorités par les règles une exigence, je crois que l'ordo-libéralisme que je tente de réhabiliter, est une philosophie

« ouverte », qui ne prétend pas produire des conclusions irréfutables et admet une confrontation entre ordre et mouvement.

La question posée par Christophe Jamin est celle de la vérité scientifique de l'analyse concurrentielle. Même si on admet que l'analyse économique conduit à une vérité scientifique, ce qui n'est pas évident, toute vérité scientifique est discutable ; la science progresse par la remise en cause des vérités établies. Quelle que soit la rigueur de l'analyse économique des autorités de marché, leurs conclusions doivent pouvoir être contestées devant les juridictions de recours. C'est ce que montre l'évolution du droit de la concurrence : par exemple, il y a quelques années, la doctrine économique enseignait que toute entente verticale était nuisible. Selon cette théorie, tous les accords de distribution étaient sanctionnés. À force de discussions sur des cas pratiques, la doctrine s'est aujourd'hui considérablement nuancée. En outre, l'intérêt d'un débat dans une enceinte judiciaire oblige le discours économique à la clarté. Devant un juge en France ou devant un jury dans la procédure américaine, les parties sont obligées d'expliquer en termes compréhensibles ce qu'ils tirent de l'analyse économique, pour que le juge soit en mesure de prendre des décisions rationnelles sur l'application du droit. Il faut évidemment bien comprendre l'argument économique pour l'intégrer dans le raisonnement juridique. C'est d'ailleurs ce que fait le livre ; ce n'est pas un livre économique, mais il intègre l'analyse économique dans une présentation générale du droit de la concurrence. Ce que dit Olivier Fréjet sur la vertu du contentieux, du débat contradictoire et des garanties procédurales, est intéressant du point de vue de l'intégration de l'analyse économique dans le raisonnement juridique.

Je suis tout à fait d'accord avec le Premier président Canivet et je crois qu'il y a là une opposition très nette entre les économistes et les juristes. Je crois que les économistes sont encore des gens qui sont persuadés qu'ils font de la science, qu'il existe une vérité. Alors que les juristes, par leur formation, par leur histoire, ont appris le scepticisme. Les juristes (du moins les plus lucides) savent par expérience que les arguments sont réversibles, que tout se discute, que tout peut être remis en cause, qu'il n'existe pas de vérité, mais une série de discours sur la vérité, que celle-ci doit même souvent être mise de côté dans leurs débats, que les débats ne se font pas au nom d'une vérité scientifique. Leur logique est celle de la rhétorique. Et c'est la raison pour laquelle ils ont une profonde culture de la contradiction. Ce sont donc, me semble-t-il, deux mondes qui se heurtent sur ces questions.

Je ne suis pas tout à fait d'accord avec l'idée qu'en économie, il y a une réponse scientifique et une seule. Je vais vous donner un exemple récent : sur la loi *El Khomri*, vous avez vu dans *Le Monde* une liste d'économistes disant que c'était très bien, qu'il fallait aller dans ce sens là, et de l'autre, une liste d'économistes qui disaient « absolument pas, ça n'est pas la bonne solution ». Donc je crois que les économistes n'ont pas la prétention d'être porteurs d'une vérité absolue scientifique. La pensée économique évolue aussi.

Tout à l'heure, Olivier Fréjet a parlé de l'EAGCP. C'est Mario Monti qui a décidé de demander à un certain nombre d'économistes, extrêmement réputés en Europe, de venir à Bruxelles et d'éclairer la Commission sur un certain nombre de questions. Effectivement, l'un des premiers sujets qu'ils ont eu à traiter était lié aux positions dominantes. Et il y a eu des débats - je me souviens que nous avons eu un groupe sur les prix prédateurs - très animés, avec les économistes. Je partage ce que relevait le Premier président Canivet chez les économistes, la pensée a aussi évolué, et donc les débats sont d'une très grande intensité entre économistes.

La question est donc : dans le livre, à un moment donné, Olivier dit que finalement, si l'on regarde les abus de position dominante, le respect des formes et des catégories, pour lui c'est peut-être la meilleure solution. Alors là, c'est sûr que les économistes ne vont pas être d'accord. Si l'on sait que l'on a une règle simple et précise, qu'un comportement est acceptable et qu'un autre comportement est inacceptable, sur le fondement de règles formelles, tout devient plus facile.

Pour les économistes, c'est beaucoup plus compliqué. Et donc, si c'est beaucoup plus compliqué, cela veut dire qu'on peut avoir un comportement acceptable parce qu'il est porteur d'efficacité économique, et ce, même si ce même comportement, dans un contexte économique différent, peut être négatif. Donc, les économistes ne disent pas qu'ils ont la vérité, mais ils disent qu'il faut regarder, essayer de comprendre les règles formelles et les catégories qui ne sont pas

forcément porteuses de solutions optimales.

Avant qu'Olivier Fréget ne réponde, un seul mot : je ne crois pas que nous soyons en désaccord, mais je pense que les économistes continuent de croire à la vérité, alors que beaucoup de juristes l'ont mise de côté.

C'est la première page du rapport de l'EAGCP que je citais tout à l'heure qui me pose problème, sur l'abus de position dominante : il prétend qu'une interdiction doit être appréciée en fonction des conséquences que sa violation a eues sur le fonctionnement. Pour moi, ce n'est pas possible. Ce n'est pas ainsi la suite du rapport, c'est-à-dire la réflexion stimulante, intelligente sur les prix prédateurs, les standards du concurrent au moins aussi efficace, les coûts incrémentaux, la notion de sacrifice de profits, etc. Tout cela représente un apport intellectuel pour élaborer des règles. Mais l'économiste sort de son rôle quand il vient dire « ceci peut se mettre en oeuvre dans un système de droit et donner lieu à sanction, sans passer par l'élaboration d'une catégorie ou d'une règle ». Il faut quelqu'un écrire la règle, ça ne peut pas être un mémo de 45 pages, ce à quoi ressemblent maintenant les communications de la Commission absolument illisibles, tant par les concurrents qui s'estiment victimes de la règle que par l'entreprise en position dominante - et je représente les deux. Si l'Autorité sanctionne un abus de position dominante - et l'abus de position dominante relève d'une logique répressive - la règle ne peut pas se dégager du contexte, elle doit précéder la sanction, ne pas apparaître au moment du procès. C'est cette dérive que je conteste, pas le contenu, c'est le fait que l'on puisse faire du droit sans forme, ni catégorie, et donc recréer implicitement des règles à l'occasion de chaque procès.

Pour répondre à Pierre-André Buigues, il me semble quand même que les expertises économiques ont beaucoup fait progresser le droit de la concurrence. À l'origine, les sanctions étaient fondées sur les pratiques dites *per se*, on s'arrêtait souvent au constant d'un objet anti-concurrentiel, et l'examen de l'effet était souvent théorique. L'expertise économique a permis de dépasser ce stade pour faire porter la discussion sur la réalité des effets et le dommage causé à l'économie, même si l'Autorité de la concurrence hésite à entrer dans les discussions d'experts. Pourtant, refuser de prendre en compte les données économétriques pour évaluer le dommage à l'économie, est méconnaître la finalité du droit de la concurrence qui est de ne sanctionner les comportements d'entreprises que lorsqu'ils sont économiquement nuisibles. Evidemment, une trop grande prise compte du contexte rend les solutions moins prévisibles. Du point de vue de la sécurité juridique, comme le souligne Olivier Fréget, la question est de savoir jusqu'où peut varier l'application de la règle.

Je ne crois pas qu'il y ait de désaccord majeur finalement entre nous. En prenant par exemple le cas des cartels, je ne connais pas d'économiste qui va remettre en cause l'idée que l'existence d'un cartel est en soi anti-concurrentiel. En tant qu'économiste, une fois que j'ai quitté la Commission, j'ai travaillé sur un certain nombre de cas de cartels, comme consultant, en particulier sur le montant des amendes. Effectivement, là l'économiste a un rôle à jouer qui est beaucoup plus important. On a plusieurs modèles qui nous permettent de calculer le montant de l'amende, en faisant des comparaisons, en essayant de mesurer le surprix produit par le cartel. On a travaillé, Olivier Fréget et moi-même, sur un certain nombre de cas d'abus de position dominante en matière de télécommunications, et là aussi, nous sommes très largement d'accord sur l'existence d'abus. Il ne faut pas imaginer la Commission et la Direction générale de la concurrence comme un lieu de bataille entre des économistes, d'un côté, et des juristes, de l'autre. J'ai vu à l'intérieur de la Direction, quelque fois sur des cas très précis, des débats très vifs entre juristes, comme il peut y en avoir entre économistes.

Ce sur quoi j'insiste tient à la nécessité que tout raisonnement économique s'insère dans la mise en oeuvre d'une règle préexistante dans le cadre d'un test dont les termes sont connus avant le procès. Il existe désormais un « test du concurrent aussi efficace », un test en matière de prédation qui s'intéresse à l'existence ou non d'un sacrifice de profit à court terme. On ne peut ainsi faire l'économie de l'élaboration de la règle, et cette règle va dire où est la frontière entre ce qui est permis, et ce qui ne l'est pas, de manière abstraite. Là où l'on vire dans l'économisme, c'est quand l'on imagine que l'on peut faire des cas sans faire ressortir la structure de la règle, les conditions qu'il faut vérifier, les tests qu'il faut faire. C'est ce travail qui va permettre la transparence, le débat scientifique. Les textes des lignes directrices qui accompagnent la mise en oeuvre des nouveaux concepts ne font pas suffisamment ce travail. Quand on veut les

appliquer, on ne trouve aucune règle claire : il faut même inventer le « test » qui va mettre en oeuvre ce qui est resté au stade du « concept » dans les lignes directrices, faute d'un travail de rédaction. C'est d'ailleurs pour cela que je suis si attaché à la distinction, dans le cadre du procès, entre la cassation et l'appel. La cassation permet notamment d'épurer les arrêts d'appel des considérations qui ne permettent pas d'identifier les règles.

Il y a un point que nous n'avons pas abordé et qui est important par rapport à ce qu'Olivier Fréget dit. Au niveau de la Commission, de la Direction générale de la concurrence, comme au niveau national, je suppose, nous avons des contraintes sur le nombre de cas de plainte pouvant être traité par rapport aux ressources humaines de l'institution, en particulier sur les cas de position dominante. Comment fait-on pour dire que cela est prioritaire, cela ne l'est pas ? Il y a bien entendu le commissaire en charge de la concurrence qui détermine les priorités et les cas dont l'examen peut être reporté. On parlait, par exemple tout à l'heure, des secteurs anciennement sous monopole. Le choix de les traiter en priorité est un choix politique. Bien entendu, l'impact économique global ou l'impact sur le consommateur fait que, tel cas sera jugé prioritaire, et tel autre ne le sera pas, mais la décision finale sur les priorités est politique. Donc je comprends bien quand Olivier dit qu'il y a un certain nombre de règles, et je suis d'accord sur un cadre formel nécessaire d'écriture mais, il y a une sensibilité qui peut être sociale, politique, économique, qui fait que, à un moment donné, il y a un certain sujet qui apparaît comme prioritaire. Mais cela est plus lié à la nature des sociétés humaines qu'à d'autres considérations économiques ou juridiques. Dans une démocratie, le résultat des élections influence les priorités données à tel problème plutôt qu'à tel autre.

Cela revient à dire finalement que la seule manière de résoudre la question de l'allocation de ressources rares que constitue les personnels au sein des autorités reviendrait à les laisser décider seuls de ce qui leur semble intéressant ou pas, sans contrôle réel du juge. C'est le cas en effet aujourd'hui, mais cela pose une question fondamentale. Comme l'a rappelé, Monsieur le Premier président, la base du droit de l'Union est de considérer que les droits qu'il édicte sont placés dans le chef des particuliers. C'est là une révolution considérable opérée par le Traité de Rome. Grâce au droit de l'Union, j'ai dans mon patrimoine un droit à l'entrée sur le marché, un droit au respect d'un niveau de concurrence à un niveau acceptable, mais la sanction de la violation de ces droits serait soumise à l'appréciation discrétionnaire des services chargés de l'instruction de leur violation. J'entends bien que l'Autorité ou la Commission ne peut pas prendre tous les cas qui se présentent. Pour autant, en l'absence d'un autre juge ayant des pouvoirs effectifs et des moyens équivalents à ceux de ces institutions, la possibilité qu'une institution puisse seule décider de ses priorités me semble très contestable.

La conciliation entre les deux positions existe puisque, aussi bien en droit de l'Union européenne qu'en droit national, lorsque la Commission ou l'Autorité n'agit pas, les entreprises peuvent saisir les juridictions. Que l'autorité qui est chargée de la régulation du marché établisse des priorités et qu'elle sélectionne les secteurs dans lesquels elle décide d'intervenir ne me choque pas, à condition qu'il existe des mécanismes juridictionnels correcteurs permettant de remplir de leurs droits les entreprises victimes de pratiques anti-concurrentielles. Encore faut-il que, dans ce cas, les entreprises puissent bénéficier, devant les juridictions, du même niveau de connaissance et d'expertise du droit et d'un régime de preuve efficace. Or, pour des raisons structurelles, en Europe, les juridictions des États membres ne sont pas toutes au même niveau de performance. En outre, la Commission n'a pas réussi, en dépit de toutes les communications qu'elle a faites, à instaurer une véritable coopération entre elle-même et les juridictions. On pourrait faire le même constat sur le plan national à propos des mécanismes de coopération entre les juridictions commerciales et l'Autorité. La grosse difficulté est à mon avis de coordonner l'action des autorités de marché et des juridictions, de lier l'application publique et l'application privée du droit de la concurrence. D'un côté, il est n'est pas souhaitable de laisser chacun des juges des États membres développer des jurisprudences dispersées et sans cohérence entre elles dans l'application du droit de la concurrence, de l'autre, il est toute aussi problématique de les contraindre à suivre les directives méthodologiques de la Commission. C'est le défi de la directive « dommage » : parvenir à une application uniforme du droit de la concurrence tout en respectant l'indépendance des juridictions. C'est à mon avis surtout une question de formation des juges. L'efficacité de l'application privée du droit de la concurrence en dépend.

La possibilité d'une réelle application « privée » du droit de la concurrence [i.e. par un juge commercial directement et non en saisissant une autorité administrative] est aujourd'hui une question très complexe. Pourquoi se tourne-t-on vers

l'Autorité ? Parce qu'il n'existe pas en pratique d'autres forums pour pouvoir défendre des droits qui sont violés. Les juridictions commerciales, quels que soient les efforts considérables et les progrès qu'elles ont faits ces dernières années, n'ont pas encore les moyens et les ressources en personnel. Doit-on renoncer à faire respecter ces droits ?

Il y a quand même des cas où cela fonctionne bien. À la fin des années 1970, c'est une coopération intelligente et efficace entre la cour d'appel de Paris, le Conseil de la concurrence et la Commission qui a permis de régler un contentieux récurant et insoluble depuis plusieurs années, sur les pratiques anti-concurrentielles de la SACEM sur les droits de diffusion des oeuvres musicales. À certaines conditions, la coopération entre juridictions et autorités de la concurrence peut être satisfaisante. Tout n'est pas négatif.

Ce n'est absolument pas un discours négatif mais un discours d'exigence, parce que la concurrence aujourd'hui dans une société comme la nôtre, le droit pour chacun de pouvoir tenter sa chance, sont pour moi au coeur du projet démocratique. Si l'on ne peut pas en assurer le respect par un juge, cela signifie que le projet de société que porte le droit de la concurrence est une chimère.

Je commence à comprendre le sens du propos d'Olivier et de notre discussion qui a beaucoup porté sur les relations entre les économistes et les juristes et leurs manières respectives de raisonner. Et je commence à comprendre le sens de son propos sur les garanties procédurales et le rôle fondamental des juristes en matière de respect de la procédure, parce que, derrière le respect de la procédure, il y a cette idée que les juristes sont tout de même les gardiens des objectifs des traités, et en particulier, de traités qui ont octroyé ce qu'il appelle des « droits de concurrence » aux particuliers. Le discours procédural rejoint donc le discours substantiel. En définitive, si nous respectons la procédure, nous dit-il, si le juge était présent, il pourrait rappeler à ceux qui font la politique de la concurrence qu'il y a des textes qui ont voulu octroyer des droits de concurrence aux individus, et qu'à force de l'oublier, on est allé vers la politique industrielle, on a reconstruit quelque chose qui ne respecte pas la philosophie originelle des traités, une forme de pacte politique libéral.

J'aimerais que Pierre-André Buigues donne le point de vue de l'économiste sur l'aptitude des juristes, et en particulier, des juges, à prendre utilement et exactement en compte l'analyse économique dans le raisonnement juridique. Une variante de la question est l'efficacité des recours juridictionnels contre les décisions des autorités de marché. Qu'il soit national ou de l'Union européenne, le juge, qui n'est pas un économiste, est-il capable de contrôler pertinemment le raisonnement de l'Autorité ou de la Commission. Finalement sa vision de cette articulation est-elle positive ou négative ?

Je dirai que globalement j'ai une vision positive, je partage personnellement ce sentiment sur le rôle essentiel du processus que vous venez de décrire. Mais vous avez parlé tout à l'heure, Monsieur le Premier président, de notre incapacité, aujourd'hui en Europe, à établir un « level playing field ». Et cela est malheureusement vrai. C'est dû à plusieurs raisons. Il y a déjà effectivement le degré d'indépendance des autorités nationales de concurrence vis-à-vis du pouvoir politique et du pouvoir central. Et c'est un vrai problème. Cela a été souligné tout à l'heure, la question de la vision du rôle de la politique de concurrence et de la politique industrielle, et donc l'interventionnisme de l'État qui là aussi joue un rôle. En France, le contrôle des concentrations européen est très critiqué car il empêcherait la création de champions européens alors qu'il n'est pas remis en cause en Allemagne. Ensuite, le niveau des ressources. On parlait justement tout à l'heure de la capacité de la Commission européenne ou de l'Autorité à traiter tous les cas. Or, il y a des pays qui ont des ressources extrêmement limitées pour traiter les cas de concurrence. Pour terminer, si je prends le cas de notre pays, il est clair que nous avons un vrai problème à Bruxelles sur un secteur comme l'énergie. C'est évident que mes anciens collègues bruxellois de la Commission, lorsqu'ils regardent ce qu'il se passe en France au niveau du secteur énergétique, se posent un certain nombre de questions. La concurrence fonctionne très mal dans ce secteur en France. Il y a un autre domaine où très souvent la France se trouve en situation difficile, c'est la question des aides d'État. Il est vrai que l'on a en France sur la question des aides d'État aux grands groupes une connivence entre les PDG des plus grands groupes français et le pouvoir politique. Ils sont passés par les mêmes écoles, et les PDG sont passés presque tous par les cabinets ministériels...

Et ceux qui sont censés les juger font aussi partie du même monde. Ils sont aussi passés par les mêmes écoles, les mêmes cabinets ministériels.

Ce que vous dites sur la vision politique de la concurrence ressort parfaitement dans le début du livre. De manière très juste, Olivier Fréget examine la position du Président de la République, hostile à ce que la libre concurrence figure parmi les objectifs de l'Union européenne, lors des négociations sur le Traité de Lisbonne en 2007. Au sein du Conseil constitutionnel, ce débat a opposé ceux qui estiment que la concurrence est le moteur de l'économie et, à ce titre, doit occuper une place prioritaire dans l'appareil normatif en se voyant reconnaître une valeur constitutionnelle, et ceux qui, à l'inverse, considèrent qu'elle ne peut déterminer qu'un ensemble de règles subalternes et contingentes impropres à contrarier les politiques économiques et sociales.

Pour conclure, et après vous avoir écouté, je me dis que le livre d'Olivier Fréget est très sain, il nous rappelle que les exigences de la concurrence ne doivent pas être mises de côté parce qu'elles se situent au centre du débat dans un espace qui se veut démocratique... Espérons donc que son livre connaîtra des suites et de nombreux débats !