

Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

“Le respect de la concurrence libre et non faussée est-il une finalité ou un moyen ?”

Editorial | Concurrences N° 3-2016

www.concurrences.com

Olivier Fréget

Olivier.freget@ftdp-avocats.fr

Avocat associé

“Le respect de la concurrence libre et non faussée est-il une finalité ou un moyen ?”

Olivier Fréget*

Olivier.freget@fdp-avocats.fr

Avocat associé

ABSTRACT

Avec l'avènement du marché unique et la recherche d'un droit de la concurrence fondé sur des 'principes économiques sains' à la fin du XXème siècle, on a enterré la vieille philosophie ordo-libérale allemande. Celle-ci faisait en quelque sorte le maintien de certaines formes de marché une sorte de fin en soi. Ainsi une certaine modernité a-t-elle pu expulser du droit de la concurrence toute réflexion subjective et idéologique sur sa finalité. En est-on bien sûr ? Les références constantes à l'efficacité économique mesurable apportent-elles la rigueur et l'objectivité qu'on leur prête ? Quel a été l'impact sur les concurrents victimes des pratiques de ces règles se voulant centrées sur le surplus du consommateur ? Un devoir d'inventaire s'impose pour relier les apports de l'économie industrielle au besoin de sens que porte tout droit. Il faut redécouvrir la concurrence comme une finalité et pas seulement un moyen.

With the rise of the common market and the search for a competition law based on "sound economic principles" during the end of the twentieth century, we buried the now aged German ordo-liberal philosophy. This finality had as a purpose to maintain certain types of markets as a finality in itself. Thereby, a certain sense of modernity removed from competition law every subjective and ideological questioning on its finality. However, how confident are we about this? Do the constant references to measurable economic efficiency actually bring righteousness and objectivity we believe they bring? What has been the actual impact on rivals who suffered from these rules which are apparently centered on the consumer surplus? Now comes a duty to itemize in order to tether the benefits gained from industrial economy to the need for sense that comes out every type of law. Competition needs to be rediscovered as a finality and not only as a tool.

Le droit de la concurrence actuel semble avoir définitivement résolu cette question lors de la modernisation de ses règles à compter des années 2000. Pour le droit de la concurrence, loin d'être une fin en soi, le maintien d'une concurrence libre et non faussée ne serait plus qu'un moyen pour atteindre une autre fin, celle de l'efficacité économique.

produit par une action spécifique de l'entreprise, par rapport à ce qui se serait passé sans celle-ci, est favorable ou défavorable au surplus du consommateur.

“Le droit de la concurrence ne serait plus animé par aucune philosophie sous-jacente pouvant faire de la recherche d'un état de concurrence libre et non faussée une fin en elle-même.”

De la sorte, le droit de la concurrence ne serait plus animé par aucune philosophie sous-jacente pouvant faire de la recherche d'un état de concurrence libre et non faussée une fin en elle-même : il ne s'intéresserait qu'aux pratiques qui ont pour effet d'affecter le surplus du consommateur. Il se déduirait de cette doxa qu'en l'absence d'effet prouvé, il ne saurait y avoir d'intervention fondée des autorités de concurrence. La question que devrait seulement se poser toute autorité de concurrence serait de rechercher si l'effet

Cette vision de la concurrence comme moyen et non comme fin, c'est-à-dire de poursuite d'un état idéal peut apparaître confortable. On quitte les rivages de la politique, voire ceux de la philosophie, pour ceux de la science appliquée avec des méthodes économétriques pointues, comme celles que fournit l'économétrie. Il ne s'agit plus que de savoir quels sont les bons outils pour que ce moyen serve sa finalité : l'efficacité. Le bon technicien de la concurrence est alors celui qui, habilement, sait

* Auteur de "la Concurrence est toujours une idée neuve en Europe et en France", Odile Jacob 2015

naviguer entre les erreurs de type I et celles de type II, entre la “sur-intervention” et la “sous-intervention” en usant d’une preuve économique “scientifique”. Le droit de la concurrence se veut ainsi plus objectif, plus prévisible, moins sujet aux influences des acteurs économiques, notamment des concurrents suspectés d’être animés d’intentions malicieuses. Il se veut en outre agnostique vis-à-vis des structures de marché: il les prend comme elles sont et se garde bien de confronter à un quelconque idéal-type.

Cette conception de la concurrence déborde largement le cadre de la simple analyse des pratiques pour envahir le terrain procédural. C’est elle qui, de manière sous-jacente, prétend justifier une forme d’opportunité des poursuites de plus en plus ouvertement revendiquée par les autorités de concurrence au nom d’un droit à une meilleure gestion de leurs ressources, nécessairement limitées. Il ne s’agirait plus que de s’intéresser aux pratiques qui ont un *certain* niveau d’effet, et présentent ainsi un certain “intérêt” de principe, par exemple, pour le droit de l’Union. Les autres pratiques ne bénéficiant pas de cette appréciation a priori sont alors rejetées du champ de toutes investigations et renvoyées à mieux se pourvoir devant la juridiction commerciale, par exemple.

La même conception remet également en cause le statut des tiers en droit de la concurrence qu’il s’agisse des consommateurs ou de concurrents. Ces derniers n’apparaissent plus tant comme des parties potentielles à un procès avec des droits subjectifs à protéger. N’ayant pas soit, pour ce qui concerne les “concurrents, une vision objective, soit, pour ce qui concerne les “consommateurs” la technicité nécessaire, ils ne sont que des supplétifs de l’action publique, parfois plus embarrassants qu’utiles. Les écouter (trop?) présenterait même le risque pour les autorités de se faire influencer par leurs points de vue nécessairement subjectifs.

Depuis plus de 20 ans, cette conception, résumée ici en quelques lignes, est celle dans laquelle, en tant que juristes et économistes, une large partie d’entre nous a peu ou prou communiqué sachant qu’une autre partie, minoritaire, après s’être quelque peu raidie lors de son adoption, s’en est finalement accommodée. Est-elle pourtant aussi évidente qu’il apparaît? En d’autres termes, peut-on *réellement* concevoir un droit de la concurrence sans autre “valeur” que l’efficacité économique, sans rattachement aux grandes libertés, sans figure symbolique à protéger autre que celle d’un consommateur virtuel ou, au mieux, d’un concurrent hypothétique?

Lorsque la question est posée, nombreux sont ceux qui l’évacuent d’un revers de main. Pourquoi? Car cette conception apparaît à beaucoup bien

préférable à celle mise en œuvre “avant”, c’est à dire dans l’âge “pré-moderne” du droit de la concurrence, ce temps où une vision ordolibérale ou structuraliste avec ses catégories formalistes le dominait. L’ancienne conception de la concurrence qui avait alors cours démoniait en effet le pouvoir de marché et sacralisait certaines structures de marché, celles atomistiques, alors que du point de vue des économistes, elles étaient souvent inefficaces. L’ensemble parvenait finalement à ce que le juge Bork a dénommé “l’antitrust paradox”, une politique en guerre avec elle-même.

En réalité, il n’est pas certain qu’à ce paradoxe supposé n’ait pas succédé une authentique illusion: celle de la possibilité d’un droit scientifique, d’un droit *a-politique*, parce que fondé sur règles scientifiquement testables et qui présentent la particularité d’être auto-ajustables à l’infinie variation des situations économiques, via une négociation entre l’autorité et les acteurs mis en cause, sans intervention du juge, dont on craint peut-être l’esprit trop rigoriste.

Cette illusion peut se constater dans les difficultés que génère cette nouvelle conception au regard des objectifs et des moyens qu’elle se donne et de la contrôlabilité des “solutions” qu’elle adopte au cas par cas (le terme est sans doute d’ailleurs préférable à celui de “règle”).

La première difficulté avec l’efficacité économique tient précisément à ce qui semble la caractériser: la possibilité de la mesurer sans recourir à une approche qualitative. Or, qu’est-ce qui est effectivement mesurable? Eventuellement, les prix et les quantités. En réalité, même les prix et les quantités sont en pratique souvent des données bien insaisissables. Tantôt elles manquent, tantôt elles sont trop abondantes et disparates. Les modèles qui les exploitent peuvent être tellement sensibles à des choix initiaux que les résultats auxquels ils parviennent seront alors peu concluants. Et lorsque ces difficultés seront franchies, restera à établir des “seuils”. 2% d’effet d’augmentation de prix pour un échange d’informations, c’est peu, c’est déjà trop? C’est insignifiant car noyé dans un bruit de marché?

Difficile à dire sans recourir à une appréciation du degré de concurrence que l’on aurait “aimé” constater et qui servira finalement de guide implicite à la décision. Chasser “la philosophie” par la fenêtre et elle revient toujours par... une porte dissimulée.

Tout ce qui n’est ni prix, ni quantité est encore moins aisément mesurable. Notamment pas la possibilité d’une innovation sur un marché, ni même l’information qui serait née du succès ou... de l’échec d’une entreprise – illicitement? – évincée avant d’avoir pu tenter sa chance.

La seconde difficulté tient de ce que la revendication d'une règle ajustable en fonction de l'effet que sa violation produit est juridiquement contradictoire, pour ne pas la qualifier "d'oxymore juridique". Si la règle se révèle dans sa violation, c'est qu'elle ne lui préexiste que pas ou peu et donc qu'il ne s'agit pas d'une règle à la violation de laquelle une sanction peut être attachée. Plus grave, la généralisation de l'approche par les effets fait nécessairement naître l'espoir chez les contrevenants que lorsque leur comportement sera examiné, ils auront la possibilité de démontrer qu'il n'a pas eu d'effet mesurable et qu'ils doivent être innocentés. Vouloir une règle souple, auto-ajustable, peut ainsi revenir en réalité à ne pas vouloir de règles du tout.

Un droit tourné vers l'efficacité du consommateur fait aussi peu de cas des concurrents lésés, entravés. On le sait, ils sont devenus en quelque sorte les "pouilleux" du droit de la concurrence. Leur subjectivité manifeste, leur lamento sur les effets de ce que les "autres" leur feraient subir soulèvent même parfois des ricanements discrets et polis. Parfois également, ils provoquent chez certains une sorte de compassion qui se manifeste alors sous la forme de conseils "en stratégie". Au lieu de venir se plaindre à l'autorité de concurrence, pourquoi ces concurrents plaintifs n'ont-ils pas d'ailleurs adopté cette "autre" stratégie de pénétration de marché si particulièrement évidente à nous autres donneurs de "leçons de concurrence" qui contemplons du haut de nos spécialités respectives les guerres microcholineuses qui se déroulent sur les marchés ! Le temps est peut-être cependant proche où les concurrents victimes se détourneront de ce droit qui sacrifie trop souvent leur intérêt légitime à un respect d'une concurrence non faussée et par les mérites, au profit de spéculations sur l'importance dirimante d'une preuve économétrique quant à l'effet concret de la violation de la règle... qu'ils subissent pourtant dans leur chair d'entrepreneur. Sans doute, cette éviction des victimes du "procès concurrentiel" est-elle souhaitée par certains. Administrer un droit sans plaignant, sans victime est en effet sans doute bien plus simple. C'est pour autant une chimère dangereuse pour nos libertés, et tout particulièrement celle d'entreprendre.

Quant à l'objectivité que permettrait cette nouvelle conception, sans doute faut-il y regarder de plus près. Dans les discussions actuelles en droit de la concurrence, fleurissent de plus en plus des notions comme celles de constat "intuitif" ou "contre-intuitif". On en vient même à discuter de

la rationalité "en soi" du comportement de l'entreprise mise en cause. Chercher l'éviction de ses concurrents peut-être une conduite rationnelle, là n'est cependant pas la question. Au mieux, la question qui est examinée est de déterminer si la conduite peut le cas échéant avoir une autre rationalité, qui serait celle-ci légitime, comme celle de maximiser ses profits dans le respect des règles de droit avec des moyens relevant d'une concurrence par la qualité de ses produits. Cette complexité du raisonnement est cependant bien souvent évincée au profit d'une sorte de vulgate justifiant le "droit" de l'entreprise dominante à défendre ses parts de marché, car cela est "rationnel". Entendez alors "humain".

“Administrer un droit sans plaignant, sans victime est en effet sans doute bien plus simple. C’est pour autant une chimère dangereuse pour nos libertés, et tout particulièrement celle d’entreprendre”

Au delà de toutes ces objections, se dresse la question finalement du contrôle du juge. L'efficacité économique comme le surplus du consommateur peuvent apparaître comme des notions sans caractérisation juridique possible *a priori* et donc échappant finalement au contrôle du juge. Celui-ci peut même venir alors à concevoir son rôle comme se limitant à recompter au mieux le montant de la sanction. Est-ce souhaitable ?

Peut-être ainsi le temps est-il venu de trier entre ce qui était effectivement dépassé dans l'ancienne approche, comme la réification de certaines structures de marché comme "a priori" bénéfiques ou maléfiques, les réticences vis-à-vis du pouvoir de marché en tant que tel, pour n'en conserver que l'essence : la concurrence comme condition indispensable au respect de la liberté de choix des consommateurs et sa réciproque, le droit de ce même citoyen, pris en une autre qualité, de pouvoir offrir librement de nouveaux produits et services, garanti par le droit, par une constitution économique.

Oui, l'établissement d'une concurrence libre et non faussée peut être une finalité en soi, et pas un moyen, ou alors celui au service du maintien d'une "société ouverte" : sa condition nécessaire. ■

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

Editoriaux

Jacques Attali, Elie Cohen, Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester, Eleanor Fox, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet, Hubert Legal, Mario Monti, Margrethe Vestager, Bo Vesterdorf, Louis Vogel, Denis Waelbroeck, Marc van der Woude...

Interviews

Sir Christopher Bellamy, Thierry Dahan, Jean-Louis Debré, John Fingleton, François Hollande, Frédéric Jenny, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Emmanuel Macron, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy, Christine Varney...

Dossiers

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, David Bosco, Murielle Chagny, John Connor, Damien Gérardin, Assimakis Komninos, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Robert Saint-Esteben, Jacques Steenbergen, Florian Wagner-von Papp, Richard Whish...

Articles

Guy Canivet, Emmanuelle Claudel, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Nathalie Homobono, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Luc Peeperkorn, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Joseph Vogel, Wouter Wils...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

International

Germany, Belgium, Canada, China, Hong-Kong, India, Japan, Luxembourg, Switzerland, Sweden, USA...

Droit & économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné, Laurent Flochel, Frédéric Jenny, Gildas de Muizon, Jorge Padilla, Penelope Papandropoulos, Anne Perrot, Etienne Pfister, Francesco Rosati, David Sevy, David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Ludovic Bernardeau, Anne-Sophie Choné Grimaldi, Michel Debroux, Etienne Thomas

PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric Marty, Anne-Lise Sibony, Anne Wachsmann

PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Frédéric Buy, Muriel Chagny, Valérie Durand, Jean-Louis Fourgoux, Jean-Christophe Roda, Rodolphe Mesa, Marie-Claude Mitchell

DISTRIBUTION

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré, Didier Ferrier, Anne-Cécile Martin

CONCENTRATIONS

Olivier Billard, Jean-Mathieu Cot, Ianis Girgenson, Jacques Gunther, Sergio Sorinas, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel, Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Laurent Binet, Hubert Delzangles, Emmanuel Guillaume, Jean-Paul Tran Thiet

MISE EN CONCURRENCE

Bertrand du Marais, Arnaud Sée

SECTEUR PUBLIC

Jean-Philippe Kovar, Francesco Martucci, Stéphane Rodrigues

JURISPRUDENCES

EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

Karounga Diawara, Pierre Kobel, Silvia Pietrini, Jean-Christophe Roda, Per Rummel, Julia Xoudis

POLITIQUES INTERNATIONALES

Sophie-Anne Descoubes, Marianne Faessel, François Souty, Stéphanie Yon-Courtin

Livres

Sous la direction de Stéphane Rodrigues

Revue

Christelle Adjémian, Mathilde Brabant, Emmanuel Frot, Alain Ronzano, Bastien Thomas

> **Revue Concurrences** | **Review Concurrences**

- | | | |
|---|----------|----------|
| <input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives)
<i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i> | 515,00 € | 618,00 € |
| <input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier)
<i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i> | 538,00 € | 567,59 € |
| <input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives)
<i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + e-archives)</i> | 804,00 € | 964,80 € |

> **e-Bulletin e-Competitions** | **e-Bulletin e-Competitions**

- | | | |
|--|----------|----------|
| <input type="checkbox"/> Abonnement annuel + e-archives
<i>1 year subscription + e-archives</i> | 719,00 € | 862,80 € |
|--|----------|----------|

> **Revue Concurrences + e-Bulletin e-Competitions** | **Review Concurrences + e-Bulletin e-Competitions**

- | | | |
|---|-----------|-----------|
| <input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier + e-Bulletin + e-archives)
<i>1 year subscription to the Review (print version + e-Bulletin + e-archives)</i> | 866,00 € | 1039,20 € |
| <input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique + e-Bulletin + e-archives)
<i>1 year subscription to the Review (online version + e-Bulletin + e-archives)</i> | 924,00 € | 1108,80 € |
| <input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-Bulletin + e-archives)
<i>1 year subscription to the Review (print & electronic versions + e-Bulletin + e-archives)</i> | 1040,00 € | 1248,00 € |

Renseignements | **Subscriber details**

Nom-Prénom | *Name-First name*

e-mail

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

Code postal | *Zip Code* Pays | *Country*

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)*

Formulaire à retourner à | **Send your order to:**

Institut de droit de la concurrence

21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - France | contact: webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de Concurrences et l'accès électronique aux Bulletins ou articles de e-Competitions ont lieu dès réception du paiement complet. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Concurrences hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping outside France