

## RAPPORT FRANÇAIS\*

# LE BUT DU DROIT FRANÇAIS DE LA CONCURRENCE

PAR

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE

PROFESSEUR DES UNIVERSITÉS A SCIENCES PO (PARIS)

1. Avant d'aborder les questions sur lesquelles l'on m'avait demandé de réfléchir, je voudrais établir quelques prolégomènes, en raison de ce qui a été si parfaitement explicité.

### PROLÉGOMÈNES

2. Ce qui vient d'être analysé permet plusieurs observations comparatives, avant d'aborder la question propre du but du droit français de la concurrence. En effet, en considération de ce qui a été développé à propos du droit brésilien de la concurrence, sans doute en raison de sa proximité avec les États-Unis, l'approche a été à l'origine la même, ne serait-ce que du point de vue disciplinaire. Ainsi, dès le début de la législation contre les abus de comportement anticoncurrentiel, le *Sherman act*, des économistes ont débattu des finalités les plus adéquates à affecter à un droit, dont ils ne mettaient pas en doute le caractère instrumental (1).

3. Or, il convient de souligner en premier lieu qu'en France, une telle proximité n'a pas eu lieu et que le droit de la concurrence a plutôt été une excroissance du droit civil, par la responsabilité qu'engage un commerçant à l'égard d'un autre par une responsabilité déloyale, tandis que le droit du marché concurrentiel au sens strict a quant à lui tout d'abord émergé du droit pénal pour sanctionner des comportements proches de

---

\* Rapport remis aux directeurs du présent ouvrage entre juin 2010 et décembre 2011.

(1) V. par ex. R. POSNER, *Antitrust Law: an economic Perspective*, The University of Chicago Press, 1984.

ceux observés pendant la seconde Guerre Mondiale, dans un marché noir prospérant grâce à la raréfaction des produits, avant de devenir un gardien d'un principe de libre concurrence qui ne fût proclamé en France que par une Ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 (2).

4. Cette absence de proximité avec les États-Unis, qui distingue la France du Brésil, n'est pas seulement historique et géographique ; elle est aussi disciplinaire. En effet, comme cela fût rappelé, ce sont des économistes qui ont construit sur le continent américain, du Sud comme du Nord, le droit de la concurrence, certes à travers diverses écoles mais au sein d'une seule discipline. Or, pendant très longtemps, ce sont les personnes avant tout formées au droit, des magistrats notamment, ou des personnes formées à l'administration, par l'École Nationale d'Administration (l'ENA) qui appliquèrent en France le droit du marché concurrentiel. Celui-ci est institutionnalisé dans des autorités administratives, le plus souvent présidées par des personnes ayant fait l'ENA et non pas des économistes.

5. Cela conduit par exemple à un souci louable de la procédure, cœur de la culture juridictionnelle, à une présence forte des raisonnements caractéristiques du droit public, ce qui s'avère structurant lorsque la concurrence est pourtant intellectuellement liée au libéralisme. Cette sociologie de l'élite française, qui conçoit et conduit le droit de la concurrence, en le ployant comme un instrument à des fins qui dépendent aussi du type d'études précédemment faites, lesquelles sont encore rarement des études d'économie, explique certaines singularités françaises. On note d'ailleurs aujourd'hui une évolution vers une intégration plus grande des économistes dans le droit français de la concurrence, notamment à travers les personnes qui exercent des responsabilités au sein de l'Autorité de la Concurrence.

6. La deuxième observation tient au fait que l'on hésite même désormais à parler de « droit français de la concurrence », tant celui-ci est intégré dans le droit de l'Union européenne (3). Dès lors, si le droit français n'est plus qu'une sous-partie du droit européen, il faut mais il suffit de déterminer le but du droit de l'Union européen pour qu'apparaisse celui du droit français. Ce qui vaut pour l'ensemble, vaut pour le sous-ensemble.

7. Or, ce droit de l'Union européenne a pour objet la protection du marché librement concurrentiel. En temps ordinaire, parce que le

---

(2) V. *infra* n° 54.

(3) V. *infra* n° 28 *sq.*

marché est atomisé et que les marchés qui s'y échangent font l'objet d'une abstraction du fait de la monnaie qui permet l'échange à parité de choses concrètement différentes, la faillite d'un agent est la marque du bon fonctionnement d'un marché concurrentiel. Joseph Schumpeter a montré que le marché par cette « autorégulation » élimine l'agent économique inadapté.

8. Ainsi, le droit de la concurrence a pour but de réagir en cas de comportement anticoncurrentiel (abus de position dominante ou entente) et de restaurer le marché en sanctionnant l'auteur du comportement reprochable et dolosif. En cela, le droit de la concurrence est un droit *ex post*, qui n'est actif qu'en cas de violation de la règle par un comportement déviant d'un opérateur. Le droit européen établit le principe de libre concurrence dès le Traité de Rome du 25 mars 1957. Ce n'est que beaucoup plus tard, par un règlement communautaire du 21 décembre 1989, que l'Europe se dota également d'un système de contrôle des concentrations, lequel permet à la Commission européenne de contrôler *ex ante* les concentrations d'entreprises qui pourraient nuire au libre fonctionnement concurrentiel des marchés.

9. Si la faillite dépasse l'agent et touche l'entier système, elle ne signale une inadaptation d'un opérateur mais une mise en danger de l'entier système, alors le droit de la concurrence cesse de s'appliquer face à un risque identifié comme systémique. Ainsi, la Commission européenne cesse d'appliquer le droit de la concurrence en octobre 2009, permet les aides d'État, prononce des exemptions.

10. En droit français, la question du but du droit de la concurrence est essentielle, parce qu'il s'agit d'un droit téléologique, c'est-à-dire d'un droit gouverné par ses fins, un droit conçu comme un instrument. En cela, le droit de la concurrence est usuellement présenté comme le meilleur exemple du droit économique, parce qu'il a son cœur en dehors de lui-même: le marché, lequel est une notion et une construction économique (4). On voit donc aisément dans le droit de la concurrence un « droit servant », un droit « à la remorque » de l'économie, et sans doute n'est-il hautement situé dans la hiérarchie implicite des Facultés de droit et dans la théorie juridique. Pour les autres branches du droit, qui ont une autonomie normative et disciplinaire plus forte, la question de la finalité, relève davantage de la sociologie du droit; en droit de la concurrence, elle est de droit positif car c'est le but de la règle qui indiquera l'interprétation à retenir et la solution à dégager.

---

(4) Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, *L'ordre concurrentiel*, Paris: éd. Frison-Roche, 2003, 686 p.

11. Cette définition du droit de la concurrence par ses fins explique que le souci premier du droit de la concurrence (le souci étant à distinguer du but, mais les deux notions étant proches) soit son effectivité. En effet, dans un droit tout entier concentré sur ses finalités, dont les autorités prennent des décisions pour concrétiser non plus tant la règle mais les buts servis par celle-ci, alors l'effectivité de la concrétisation des finalités poursuivies devient première (5). Dans ces conditions, déterminer et fixer la finalité du droit de la concurrence est une exigence positive, pour que le droit de la concurrence échappe à l'arbitraire de ceux qui ont le pouvoir légitime de le manier.

12. Ce souci d'atteindre efficacement ses buts, lié à la nature instrumentale du droit de la concurrence, aboutit à ce paradoxe que, plus il est servant et plus il sera impérieux. Ainsi, le droit français fait plier les autres branches du droit devant le droit de la concurrence.

13. Par exemple, le « service public » qui ne se définit certes pas par l'existence d'un monopole public (6) mais en prend tout de même souvent la forme, doit admettre sa soumission aux catégories du droit de la concurrence. Ainsi, pour ne prendre qu'un exemple concernant le droit administratif, lorsque la Cour de Justice des Communautés Européennes posa que seule la nécessité d'un équilibre financier global permettant que la Poste Belge continue la distribution du courrier ordinaire, justifiait l'attribution à son profit par décret d'un monopole sur le courrier rapide, marché distinct (7), un professeur intitula son commentaire : « Le service public est mort ». De la même façon, il fallut attendre les arrêts *Million et Marais* du Conseil d'État du 3 novembre 1997 (8), pour que celui-ci applique aux personnes publiques le droit de la concurrence.

14. De la même façon, le droit de la concurrence, parce qu'il est perçu comme le marché ayant pris forme juridique, est également appréhendé par de nombreux juristes français comme étant la branche du droit qui a vocation, donc pour but implicite et mécanique, l'anéantissement de tout objet qui ne soit pas un objet de marché. Cela est par exemple la position du professeur Alain Supiot qui estime que le système juridique doit utiliser sa puissance dogmatique pour établir et défendre les droits sociaux comme le droit de la concurrence, lequel exprime le « marché

(5) J. DREXL, L. IDOT et J. MONÉGER, (dir.), *Economic Theory and Competition Law*, Ascola, London: EE Publisher, 2009.

(6) R. DENOIX DE SAINT-MARC, *Le service public, rapport au Premier Ministre*, Paris: Documentation Française, 1996.

(7) CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, Rec. 320/91-2533.

(8) Conseil d'État, 3 nov. 1997, *Million et Marais*.

total» (9). On mesure ainsi qu'en France, la détermination du but du droit de la concurrence n'est pas seulement un enjeu juridique et économique, elle est également un enjeu politique.

15. Ainsi, le droit de la concurrence est souvent perçu comme très brutal. Cela tient au fait que, comme le marché, il a une appréhension abstraite des opérateurs, des comportements et des biens qui circulent sur des marchés. Ainsi, une disposition du Traité de l'Union européenne pose la règle de la «neutralité du capital», c'est-à-dire qu'il est indifférent de savoir si l'entreprise est publique ou privée, dès l'instant qu'elle déploie une activité économique. Elle deviendra de ce seul fait un «sujet de droit» du droit de la concurrence. De la même façon, le juge français n'a pas hésité à condamner un service d'un ministère, dès l'instant que celui-ci avait une activité économique, c'est-à-dire offrait un service répondant à une demande, en l'espèce des prévisions météorologiques (10). Ainsi, le mécanisme purement juridique de la personnalité morale est transparent pour ce droit régressif, qui ne «voit» que des entreprises, elles-mêmes définies par leurs activités. Tout se ramène donc au marché, à l'offre et à la demande.

16. De la même façon, le droit de la concurrence tient sa brutalité d'un archaïsme sciemment adopté pour déjouer les obstacles que le droit lui-même pourrait dresser face à sa volonté d'efficacité. Ainsi, la personnalité juridique vole en éclat, l'entreprise comme «entité économique et sociale» devient sujet de droit et demeure, y compris dans son aptitude à être responsable, malgré les changements de personnalité juridique dans le temps.

17. Ainsi, le droit de la concurrence, dans cette abstraction qui l'oppose au droit de la régulation (11), a tendance à voir dans les conventions collectives des ententes, méconnaissant ainsi le droit du travail, ou dans les sociétés de gestion collective des droits d'auteur, des structures anticoncurrentielles, l'Autorité de concurrence ne tenant pas compte du droit de la propriété littéraire et artistique. L'affrontement est plus net encore entre le droit de la concurrence et la propriété industrielle, car le brevet confère un monopole, ce que le droit de la concurrence admet

(9) A. SUPLOT, «La justice sociale saisie par la régulation», in *Justice et Droits Fondamentaux*, Études offertes à Jacques Normand, Paris: Litec, 2003, p. 427-438. D'une façon plus générale, voir aussi A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. Les droits sociaux face au marché total*, Paris: Le Seuil, 2010.

(10) Com., 12 décembre 1995, *Météo France*.

(11) M.-A. FRISON-ROCHE, «Regulation versus Competition», *The Journal of Regulation*, n° 7, 2011, I-1.30, p. 550-559.

difficilement. Les secteurs pharmaceutique ou informatique sont dépendants des textes ou décisions du droit de la concurrence en la matière.

18. Ainsi, le droit français est désormais totalement imprégné du droit de l'Union européenne. Le juge français est d'ailleurs juge direct du droit de l'Union européenne et un système de question préjudicielle lui permet en cas de difficulté de surseoir à statuer, de transmettre à la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) qui émet l'interprétation du texte de l'Union en cause, interprétation que le juge français devra obligatoirement reprendre pour apporter une solution au cas dont il est lui-même saisi.

19. Pourtant, et c'est là une difficulté majeure de l'intégration européenne, les buts du droit de la concurrence en droit de l'Union européenne ne sont pas les mêmes qu'en droit français. En effet, si le projet européen s'est immédiatement doté d'un droit du marché concurrentiel, selon la volonté de ses concepteurs, notamment Jean Monnet, c'était, en appui aux trois libertés (des personnes, des biens et des capitaux), pour que les frontières nationales s'affaiblissent et qu'un marché intérieur se construise, afin que les peuples européens, sortant à peine d'une guerre terrible, ne reprennent plus les armes les uns contre les autres. Ainsi, la concurrence était pour Jean Monnet la première marche, économique, du projet d'une Europe politique, essentiellement lié au besoin de paix (12). Dès lors, ce marché intérieur ne pouvait être construit que si les États-membres ou les entreprises nationales ne reconstruisent pas leurs frontières, par des champions nationaux, des aides d'État, etc.

20. Ainsi, la finalité du droit européen est la *construction d'un marché intérieur*, marché qui lui-même est pensé comme un instrument vers une fin qui est l'Europe politique dont la gouvernance reste à trouver. Cette configuration ne se retrouve pas en droit français. En effet, comme aux États-Unis, au Brésil, etc., le marché existe déjà. Il ne constitue pas un projet économique, encore moins un projet politique. Dès lors, il faut juste veiller à ce que son fonctionnement, qui repose sur l'ajustement de l'offre et de la demande, soit effectivement concurrentiel et pour cela, il faut que les comportements anticoncurrentiels soient sanctionnés. La finalité du droit français est alors la *garde des marchés*.

21. On comprend pourquoi les deux finalités se distinguent. Comme le droit de la concurrence est téléologique, il en résulte que l'autorité

---

(12) M.-A. FRISON-ROCHE, « La construction du marché intérieur, expérience d'affrontement dialectique entre le droit international privé et le droit de la régulation », in *Conflits de lois et régulation économique*, coll. Droit et Economie, Paris : LGDJ, 2008, p. 261-273.

de concurrence, qui n'a qu'à garder les marchés, c'est-à-dire à réagir simplement lorsqu'ils sont détériorés par un comportement anticoncurrentiel ou menacés par le changement structurel découlant d'une concentration, n'a pas besoin des pouvoirs de contrainte qu'une autorité de concurrence qui doit construire un marché a. C'est pourquoi les autorités de concurrence de l'Union européenne devraient avoir beaucoup plus de pouvoirs et l'autorité française de concurrence beaucoup moins.

**22.** Mais si l'on affirme par ailleurs que le droit français de la concurrence est intégré dans le droit de l'Union européenne (13), alors l'autorité française de la concurrence va réclamer les mêmes pouvoirs : la partie va demander les mêmes pouvoirs que le tout, par une sorte de métonymie normative ; la petite va demander les mêmes pouvoirs que la grande. Ainsi, en dehors de tout texte, mais du seul fait que la Commission européenne le fait, l'autorité nationale, déclinant les travaux européens à l'échelle nationale, va faire des études sectorielles et mettre certains marchés sous surveillance. Comme si elle entend se mêler de leur évolution, comme si elle voulait les construire.

**23.** Or, c'est ainsi qu'il convient de revenir sur ma première observation (14), à savoir l'influence des États-Unis et des économistes. En effet, en raison de la puissance des premiers et de l'influence des seconds, le droit de la concurrence est la seule branche du droit qui est parfois présentée comme universelle, parce que la notion de marché le serait elle-même (15). Cela n'est pas exact et les quelques lignes ci-dessous concernant la différence fondamentale de finalité entre le droit français et le droit de l'Union européenne, deux droits pourtant imbriqués, suffisent à montrer que le droit de la concurrence est, comme les autres branches du droit, construit sur des présupposés politiques, des notions doctrinales, des raisonnements juridictionnels validés, etc. Dès lors, alors que le droit de la concurrence prétend aisément se mouvoir dans le « global », il demeure pertinent de lui appliquer la méthodologie que constitue le droit comparé.

**24.** Ces prolégomènes posés, il convient de prendre les questions telles que les éditeurs brésiliens de l'ouvrage les ont formulées. Ceux-ci ont demandé dans quelle mesure l'objet du droit de la concurrence est défini dans la législation française (I), dans quelle mesure l'autorité de concurrence voit ses marges de discrétion limitées par d'autres droits ou d'autres organismes (II), quelles sont les mesures prises pour éviter les

---

(13) V. *supra* n° 6 *sq.*

(14) V. *supra* n° 2 *sq.*

(15) Pour une protestation contre cette affirmation, v. A. SUPIOT, préc.

problèmes liés à l'insécurité juridique (III), quelles sont les origines des changements dans le droit français de la concurrence (IV) et quelle est la part de la politique industrielle dans le droit de la concurrence (V). Le président de la table a ajouté la question de savoir si la crise économique actuelle a vocation à modifier les buts du droit de la concurrence (VI).

#### I. — DANS QUELLE MESURE L'OBJET DU DROIT DE LA CONCURRENCE EST-IL DÉJÀ DÉFINI DANS LA LÉGISLATION FRANÇAISE ?

**25.** Si l'on veut bien considérer que dans un droit téléologique, l'objet du droit est constitué par sa finalité (16), la **première finalité** qui a été définie est la *loyauté du comportement concurrentiel*. Cela a été exprimé par la jurisprudence, sur le seul fondement de l'article 1382 du Code civil, qui pose le principe général de la responsabilité pour faute. Au départ, la théorie dite « de la concurrence déloyale » ne vise que le rapport bilatéral entre deux commerçants et la doctrine traditionnelle affirme souvent que cette théorie appartient au droit civil, alors que le droit du marché concurrentiel, dont l'application suppose toujours la détermination du marché pertinent, avant que le comportement incriminé ne soit examiné, serait radicalement différent.

**26.** Cela a été heureusement contesté. En effet, comme à propos du marché, le comportement concurrentiel, qui suppose une agression, une volonté de détourner la clientèle de l'autre à son profit, est fondé sur le principe de liberté, la constitutionnelle liberté d'entreprendre. C'est pourquoi le dommage concurrentiel, même en matière civile, ne mériterait indemnisation au profit du commerçant qui en est victime que si celui qui en est bénéficiaire a commis une faute. Or, alors qu'en droit commun de la responsabilité, la plus légère des fautes suffit à engager le responsable, la jurisprudence exige une faute qualifiée pour condamner le commerçant pour concurrence déloyale, par exemple du dénigrement ou bien des manœuvres pour que le consommateur fasse une confusion entre les produits des deux commerçants en cause.

**27.** On peut rassembler ces comportements reprochés (définition négative) dans une définition positive, à savoir une obligation de loyauté. Or, à travers un mouvement que la Commission européenne a désigné comme étant celui de la « civilisation du droit de la concurrence », le droit du marché concurrentiel impose lui-aussi, retrouvant à rebours le droit civil de la concurrence déloyale, l'impératif de loyauté, l'autorité

---

(16) V. *supra* n° 10.

européenne de concurrence organisant l'accès des entreprises victimes à l'autorité et facilitant leur indemnisation. À cette finalité, correspond essentiellement l'outil de la réparation.

**28.** La **deuxième finalité** expressément posée par le droit français est la sanction des comportements anticoncurrentiels en ce que ceux-ci « abîment » *le libre fonctionnement concurrentiel du marché qu'il convient de garder*. La théorie de l'effet sensible montre que c'est bien en réaction à une détérioration du marché que le droit de la concurrence sanctionne les ententes, avant tout les horizontales, et les abus de positions, absolues ou relatives. Le fait que la loi française, ou la Commission européenne puisse prendre des exemptions pour des comportements d'entente, par exemple des ententes verticales ou bien des transferts de technologies suffisant la préservation de monopoles par le biais de propriété intellectuelle ou des accords de R&D, montre que la deuxième finalité est la préservation du libre fonctionnement concurrentiel du marché. À cette finalité, correspond essentiellement l'outil de l'amende comme sanction et du « remède » pour remettre en état le marché et éviter que le comportement dommageable ne se renouvelle.

**29.** La **troisième finalité** est *l'intérêt du consommateur*. Elle a toujours été mise en avant par le droit anglais, elle est aujourd'hui fortement exprimée par l'Autorité de concurrence. Cela est relativement nouveau. En effet, on considérait classiquement que la protection du bon fonctionnement du marché et le service de l'intérêt du consommateur final étaient consubstantiels. D'ailleurs, le consommateur visé par le droit de la concurrence était « abstrait », puisqu'il servait davantage à mesurer le juste prix qu'à constituer un sujet de droit autonome dans le droit de la concurrence. Précisément, il a ce statut dans le droit de la consommation (17).

**30.** Ainsi, s'articulaient le droit du marché concurrentiel, dont le marché était la finalité, dont certains avaient pu soutenir que le marché lui-même était le sujet de droit, branche construite sur un ordre public de direction, et le droit de la consommation, préoccupé du consommateur, de son information effective, du déséquilibre contractuel, etc., branche construite sur un droit public de protection. L'Autorité de concurrence a évolué et soutient désormais, « à l'anglaise », que sa fonction première est la répartition du surplus collectif, c'est-à-dire la protection du consommateur.

---

(17) M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, coll. « nouvelle bibliothèque des thèses », Dalloz, 2001.

**31.** La **quatrième finalité** est proprement européenne et il a été exposé les difficultés qu'engendrait le fait qu'elles lui soient propres, alors même que le droit français, qui ne la connaît pas, est intégré néanmoins dans le droit de l'Union européenne : il s'agit de la *construction du marché intérieur* (18). Cette finalité justifie la prohibition des aides d'États. Le fait que cet instrument correspond à une finalité quasiment exogène au droit de la concurrence, car elle correspond davantage au projet de ce que devrait être le projet d'une Europe politique (19).

**32.** La **cinquième finalité** peut être présentée comme un florilège de sortes de « *finalités grises* » (comme l'on parle des « clauses grises »), parce que le droit français de la concurrence organise avec imprécision des règles, c'est-à-dire dans un droit téléologique et instrumental, des outils, sans exprimer leur finalité. On peut estimer que cela cause un grand désordre. Ainsi en est-il du *contrôle des concentrations*.

**33.** Avant la loi *relative à la modernisation de l'économie* du 4 août 2008, le contrôle des concentrations était exercé par le Ministre de l'Économie, éclairé par ses services ministériels (la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes – DGCCRF) et par l'autorité de concurrence, laquelle formulait un avis sur les conséquences de la concentration sur la concurrence. Muni de ces expertises, le Ministre, homme politique responsable politiquement devant le Parlement, prenait une décision administrative pouvant faire une balance entre la dimension concurrentielle et d'autres considérations, sociales, d'aménagement du territoire, de défense, d'autonomie nationale, de politique industrielle, etc. La loi précitée a transféré ce contrôle des concentrations à l'autorité, devenue l'Autorité de la Concurrence. Or, quelle est la finalité du contrôle qu'elle exerce ? simplement la préservation pour l'avenir du libre fonctionnement concurrentiel ? Si l'autorité de concurrence opère une balance comme le faisait précédemment le Ministre, quelle légitimité a-t-elle pour le faire ? Quand on sait que le plus grand des pouvoirs désormais face à des entreprises parfois plus puissantes que des États tient dans le contrôle des concentrations, le flou autour de cette finalité est inquiétant en raison des conséquences que cela engendre quant à la légitimité de l'organisme qui exerce cette compétence.

**34.** Appartiennent alors à ces sortes de finalités grises *l'innovation ou les politiques industrielles*, que l'autorité de concurrence intègre, souvent de façon négative pour justifier des comportements ordinairement sanctionnés mais ici justifiés par l'innovation par exemple. L'au-

(18) V. *supra* n° 19 *sq.*

(19) V. *supra* n° 19.

torité de concurrence qui accueille ces finalités grises se comporte alors comme un régulateur car elle prend non plus comme fonction celle de garder la concurrence mais celle d'*inciter les opérateurs* à des comportements qui lui paraissent souhaitables. C'est confondre droit de la concurrence et droit de la régulation. Cela se conçoit tout à fait au niveau de l'Union européenne, puisqu'il s'agit de construire des marchés, des secteurs, bref l'Europe elle-même (par exemple en matière de transport). En droit national, cela devrait encore être l'affaire de l'État.

**35.** La **sixième finalité** à laquelle on peut penser est la prévention et la gestion des *risques*. *A priori*, le droit de la concurrence n'a pas cette finalité puisqu'au contraire, celui qui entre sur un marché (et nul n'est obligé de prendre le risque d'entreprendre une activité économique autonome) risque pour gagner et séduire investisseur et client (capitalisme), en assumant de perdre (faillite). Le marché fonctionne sur cette balance. Ce sont des régulations sectorielles qui, à l'opposé du droit de la concurrence, en matière de santé, d'alimentation, de média, de banque, de finance, etc., préviennent et gèrent les risques, en bloquant la concurrence. C'est pourquoi, en creux, on peut dire aussi que le droit de la concurrence doit songer à cette finalité pour mieux s'en retirer. Il le fait expressément avec des exemptions.

**36.** Ainsi, la *crise des subprimes* a justifié que la Commission européenne adopte des règlements d'exemption pour permettre aux États d'aider le secteur bancaire et des assurances. Parfois, garder en tête que la gestion des crises n'est pas une finalité est important car l'autorité de concurrence doit alors ne pas déclencher l'usage de ses instruments puissants, par exemple sur l'organisation bancaire. Or, l'autorité de concurrence a tendance à penser que ses fonctions se superposent sur tous les secteurs, y compris sur les finalités propres à ceux-ci, ce qui peut entraîner des conflits de finalité avec les régulateurs sectoriels.

**37.** On peut ainsi mesurer qu'indépendamment de la difficulté majeure née de la différence de finalité entre le droit français et le droit européen de la concurrence, alors que le premier est intégré dans le second, on peut compter plus de cinq finalités attachées au droit de la concurrence, par des lois ou par l'autorité de la concurrence elle-même. Comme la normativité, le guide d'interprétation, et finalement le pouvoir, sont dans les finalités, cette pluralité est souciante et finit par poser un problème de légitimité.

**38.** Il conviendra d'y revenir, ne serait-ce qu'à travers la deuxième question relative aux marges de discrétion de l'autorité de concurrence.

II. – DANS QUELLE MESURE L'AUTORITÉ DE CONCURRENCE  
VOIT SES MARGES DE DISCRÉTION LIMITÉS PAR D'AUTRES DROITS  
OU D'AUTRES ORGANISMES ?

39. La *pluralité des finalités*, alors que nous sommes dans un droit téléologique, que les finalités ne sont pas hiérarchisées entre elles, qu'elles sont au cœur des raisonnements mais qu'elles sont pondérées suivant les cas, et ce parfois d'une façon implicite, offre à l'autorité de concurrence une forte marge de discrétion. Les économistes affirment que la seule légitimité pour une autorité indépendante, parce que c'est ce qui la rend contrôlable, c'est de ne lui attribuer qu'une seule finalité.

40. Puisque cela n'est pas le cas, il convient de regarder si d'autres droits limitent le pouvoir de l'autorité de concurrence. Chacun connaît « l'impérialisme » du droit de la concurrence, sans doute attaché à celui du marché, son frère siamois. Le droit de la concurrence est un droit qui est assez peu « juridique ». C'est précisément cela que lui reproche le professeur Alain Supiot (20), en ce qu'il ignore ce que le droit a posé dogmatiquement, en dehors de la nature des choses.

41. Ainsi, le *droit des contrats* n'est pas un frein, puisque le marché fonctionne avec des « contrats-échanges », forme juridique de l'atomicité et de l'immédiateté des mouvements de marchés, alors qu'il supporte mal des « contrats-organisation » (21), par exemple ceux sur lesquels sont construits les réseaux de distribution intégrée, même si des règlements d'exemption les rendent désormais supportables. Mais ces règlements rédigés par la Commission européenne ne consistent pas à rendre aux opérateurs leur liberté, ils consistent pour l'autorité à écrire le contrat dont elle pose qu'elle admettra la validité. Il s'agit d'une sorte de statut légal.

42. Plus encore, d'une façon plus récente et dans le creuset tout d'abord du contrôle des concentrations, l'autorité de concurrence, comme le lui permet la loi *relative à la modernisation de l'économie* du 4 août 2008 précitée, comme le fait également la Commission européenne, accorde son autorisation de concentration, tandis que les parties s'engagent (*remedies*) soit à céder des actifs (remèdes structurels) soit à des obligations de faire ou de ne pas faire (remèdes comportementaux). Ce faisant, l'autorité de concurrence accroît considérable-

---

(20) Préc.

(21) Sur cette distinction, v. P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à François Terré, Paris : Dalloz/PUF/éd. du Juris-classeur, 1999, p. 635-642.

ment son pouvoir en « contractant » avec les opérateurs qui se lient à l'autorité pour obtenir l'autorisation de celle-ci.

43. Les autres branches du droit sont quasiment transparentes, qu'il s'agisse du droit pénal, le droit pénal de la concurrence n'étant que très peu appliqué, du droit de la propriété intellectuelle, dont les autorités n'admettent la légitimité qu'à travers le concept précité d'innovation, du droit des contrats, atteints de nullité absolue s'ils sont le moyen de comportements anticoncurrentiels.

44. En revanche, c'est la *procédure* qui constitue la branche du droit qui bride l'autorité de concurrence. En effet, on ne compte plus les décisions de justice, aussi de la Cour de cassation, du Conseil d'État ou de la Cour de Justice de l'Union européenne, qui annulent les décisions des autorités de concurrence, aussi bien française qu'européenne. Plus récemment, parce que le Conseil constitutionnel français, grâce à la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 établissant un contrôle a posteriori de constitutionnalité, accroît l'effectivité des droits fondamentaux. Des décisions du Conseil rendues sur question prioritaire de constitutionnalité sont à prévoir, qui rappelleront à l'ordre l'autorité de concurrence dans son obligation de se conformer à toutes les garanties de procédure, la première étant l'exigence d'impartialité.

45. Parce que la procédure est la branche qui constitue de droit le contre-pouvoir qui fait l'équilibre avec l'usage que les autorités font de leurs pouvoirs, il est logique que les organismes qui incarneront cette nécessité de limiter les pouvoirs soient des *juridictions*, puisque la procédure est culturellement la branche du droit la plus proche des juges. Comme la France n'est pas dans un système politique de *check and balance*, la limite prendra plutôt la forme d'un contrôle vertical, à travers le contrôle juridictionnel ouvert de droit contre toute décision d'une autorité de concurrence, qu'elle soit française (devant la Cour d'appel de Paris ou devant le Conseil d'État) ou européenne (contestation des décisions de la Commission européenne devant le Tribunal de première instance de l'Union européenne, puis en seconde instance devant la Cour de Justice de l'Union européenne).

46. Plus proche du système nord-américain, l'Autorité de la concurrence trouve des limites en rendant des comptes (*accountability*) par un rapport annuel présenté en public et une reddition des comptes devant le *Parlement*. Cette méthode suppose une capacité des interlocuteurs à faire preuve de perspicacité et de scepticisme. Il n'est pas sûr que ces conditions soient encore réunies en France, alors qu'elles le sont aux États-Unis.

### III. — QUELLES SONT LES MESURES PRISES POUR ÉVITER LES PROBLÈMES LIÉS À L'INSÉCURITÉ JURIDIQUE ?

47. Le thème général de la sécurité juridique est relativement *récent* dans le système juridique français, à travers la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui pose la nécessité de satisfaire un droit de chacun à la sécurité juridique. Ce droit fondamental fonderait ainsi l'objectif constitutionnel du droit à une loi accessible et intelligible.

48. Le droit de la concurrence, par nature, fait place à la préoccupation de la sécurité juridique des opérateurs, sans qu'il soit besoin que le droit le formule expressément. Ainsi, on ne trouve guère dans le droit français de la concurrence l'expression de la nécessité de sécurité juridique, ni des décisions sanctionnant l'autorité de concurrence pour avoir engendré une insécurité juridique préjudiciable, en considération de laquelle un justiciable pourrait saisir un juge.

49. En revanche, tout le système de ce droit téléologique (22) repose sur l'application effective des règles et le fait que cette application produise les effets attachés, en considération desquels on a adopté ces règles. Cela justifie par exemple la théorie de l'effet utile. Or, pour que les règles du droit de la concurrence soient effectives, il faut qu'elles soient compréhensibles dans le temps présent (clarté de la règle) et dans le futur (prévisibilité de la règle). La rationalité des opérateurs, l'un des postulats du droit de la concurrence, conduit alors ceux-ci à plutôt ne pas violer la règle plutôt que de le faire.

50. C'est pourquoi, sans faire de la sécurité juridique un principe autonome, l'autorité de concurrence, aussi bien française qu'europpéenne, va émettre des *lignes directrices* (*guidelines*), va faire des consultations, etc. Par exemple, l'Autorité de la concurrence consulte puis fait des lignes directrices pour que deviennent prévisibles les calculs des amendes infligées en cas de comportements anticoncurrentiels, pour que les opérateurs et leurs conseils acceptent l'entier système du droit de la concurrence.

51. Ainsi, le droit de la concurrence intègre mécaniquement le thème de la sécurité juridique et l'autorité de la concurrence, ne serait-ce que pour asseoir sa *légitimité*, cherche à l'offrir aux parties prenantes. Mais la France, comme d'autres pays et cela est inhérent à ce type d'instruments juridiques, développe des mécanismes de *soft Law*. Celle-ci, qui est au cœur des droits économiques, pont d'une rhétorique perma-

---

(22) V. *supra* n° 10.

nente entre l'autorité administrative de marché et les parties prenantes, a l'avantage de produire de la confiance (puisqu'il y a discussion et co-écriture des textes) mais a l'inconvénient de ne pas produire d'effets obligatoires. Dès lors, l'autorité de concurrence n'est pas liée par ce qu'elle a exprimée. Dès lors, alors que la *hard Law* est fiable par nature, la fiabilité de l'autorité devient incertaine et conditionnée.

#### IV. — QUELLES SONT LES ORIGINES DE CHANGEMENTS DANS LE DROIT FRANÇAIS DE LA CONCURRENCE ?

**52.** Il est toujours difficile de repérer les « origines » des changements. Cela peut être une théorie qui circule dans des textes ou une personne qui, parce qu'elle prend la présidence d'une institution, ou un changement politique d'un Gouvernement qui infléchit par le droit de la concurrence une politique économique, ou un changement dans les circonstances (nous sommes en train d'en vivre une, à travers la crise financière).

**53.** Il demeure que c'est avant tout *l'Europe* qui a changé le droit français de la concurrence. Cela a commencé tout d'abord du haut par le bas, puisque la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) avait affirmé dès 1962 par l'arrêt *Costa* que l'ordre juridique européen est à la fois autonome du droit français et intégré dans le droit français. Dès lors, à partir des années 1980, une série de directives européennes libéralisent les secteurs économiques nationaux cruciaux que sont les télécommunications, l'électricité, le gaz, les transports, la poste, etc. Ainsi, le droit de la concurrence européen a pénétré par l'Europe en s'introduisant en tant que tel mais aussi en donnant des ordres de libéralisation. Des régulateurs sectoriels ont été exigés par la Commission européenne pour que la concurrence soit effective.

**54.** Par l'Ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, dite *Ordonnance Balladur*, le mouvement est allé du droit français vers le droit européen, puisque le Gouvernement français, sans contrainte cette fois-ci, décida de poser comme principe la liberté des prix, inscrite dans l'article 1<sup>er</sup> de ce texte, la tarification devenant l'exception. La France cessait d'être une économie administrée.

#### V. — QUELLE EST LA PART DE LA POLITIQUE INDUSTRIELLE DANS LE DROIT DE LA CONCURRENCE ?

**55.** La politique industrielle d'une entreprise appartient à l'entreprise, qui en rend compte à ses actionnaires ou à ses apporteurs de capitaux

et de crédit. La politique industrielle d'un secteur (qui peut parfois se réduire à une entreprise) relève du *Gouvernement*. En effet, la politique industrielle, qui suppose des choix politiques à long terme et des investissements, relève du Politique et non du droit de la concurrence.

**56.** Cette position politique, déjà contestable entre les mains d'un *régulateur* mais compréhensible parce que celui-ci intervient *ex ante* pour construire un secteur, les choix techniques étant intrinsèquement politiques, et admissible de la part de la Commission européenne en tant qu'elle émet une « politique de la concurrence » pour construire le marché intérieur (23), n'est pas admissible de la part d'une autorité de concurrence.

**57.** La marge de discrétion qu'offrirait à une autorité de concurrence la possibilité de faire de la politique industrielle ne serait pas en outre admissible (24). La difficulté vient du fait que la politique industrielle ne soit pas intégrée dans le droit de la concurrence, et ne puisse pas l'être parce que le droit de la concurrence conduit les autorités de concurrence à interdire aux États d'exercer leur pouvoir de développer une politique industrielle, à partir d'objets techniques et juridiques désormais prohibés, tels que par exemple des aides financières apportées à des secteurs, des « champions nationaux » ou des projets à long terme fixés par l'État. Ainsi, politique industrielle et concurrence semble constituer un couple maudit en Europe (25).

**58.** Il est pour l'instant maudit parce que l'Europe n'est que juridique et platement économique (construction d'un marché concurrentiel) alors qu'une politique industrielle requiert du politique. Mais l'Europe est pourtant la solution et c'est vers elle, à travers la notion de « *gouvernance économique* » de l'Europe que l'on se dirige. En effet, alors qu'au niveau de la France, on ne parviendra pas à résoudre l'opposition aporétique entre un Gouvernement, qui serait légitime à mener une politique industrielle mais interdit de le faire par le droit de la concurrence, et une autorité de la concurrence qui dispose de la puissance du droit de la concurrence mais n'a pas la légitimité pour poser une politique industrielle.

**59.** La crise accélérant le temps et abaissant les obstacles, nécessité faisant loi, au sens littéral du terme, une Europe avec une politique

(23) V. *supra* n° 19 sq.

(24) V. *supra* n° 39 sq.

(25) Pour la démonstration économique du besoin qu'il y a pourtant d'une politique industrielle en Europe, v. E. COHEN et J.-H. LORENZI, *Politique industrielle pour l'Europe*, Conseil d'analyse économique, Paris: Documentation française, 2000.

économique, financière et monétaire est en train de se construire, par un système de gouvernance à l'égard des Etats-membres, système qui reste encore à trouver. Quand cela sera fait, une politique économique européenne pourra exister, parce que l'Europe politique en sera le support, et s'articulera avec le droit européen de la concurrence, qui est lui-même un droit de construction. Ainsi, l'aporie actuelle, dont tous les pays européens souffrent, sera résolue. Pour l'instant, nous sommes au milieu du gué.

## VI. — LA CRISE ÉCONOMIQUE EST-ELLE DE NATURE À MODIFIER LE BUT DE LA CONCURRENCE ?

**60.** Le droit de la concurrence n'est pas adapté à répondre à une hypothèse de crise économique. Ce sont d'autres droits, les droits de la régulation, notamment les droits de la régulation bancaire et assurantielle, qui ont pour objet la crise. Dès lors, la crise ne devient pas le but du droit de la concurrence, elle ne peut qu'être prise en considération par le droit de la concurrence.

**61.** Ainsi, les autorités de concurrence, face à une situation de crise économique, peuvent accepter des entorses temporaires, à l'orthodoxie du libre fonctionnement concurrentiel. L'hypothèse est ainsi prévue par les textes en droit français concernant les prix agricoles, lesquels peuvent, en cas de crises, faire l'objet de prix tarifés (26). De la même façon, les aides d'État deviennent temporairement tolérées par les autorités de concurrences.

**62.** Mais il ne peut s'agir que d'un retrait temporaire des règles ordinaires. Ainsi, aucune dérogation au principe premier de la libre entrée des concurrents sur les marchés n'est accordée. En cela, le droit de la concurrence ne peut, sauf à être complètement dénaturé, avoir pour but de protéger les entreprises nationales. Le protectionnisme est incompatible avec le droit de la concurrence. En effet, la concurrence et le libre-échange sur un marché sans barrière à l'entrée sont à la définition même du droit de la concurrence.

**63.** En cas de doute, le droit de la concurrence doit laisser la place au droit de la régulation.

---

(26) V. d'une façon plus générale, le rapport estimant que les marchés agricoles doivent être soustraits au processus concurrentiel pour entrer dans des mécanismes de régulation en cas de régulation : J.-P. JOUYET, Ch. BOISSIEU et S. GUILLON, *Prévenir et gérer l'instabilité des marchés agricoles*, rapport remis au Ministre de l'agriculture, 22 septembre 2010.