

**POLITIQUES EUROPEENNES DE CONCURRENCE ET
ECONOMIE SOCIALE DE MARCHÉ**

OFCE

N° 2010-30

NOVEMBER 2010

Frédéric Marty

CNRS

Politiques européennes de concurrence et économie sociale de marché

Version préliminaire

Frédéric Marty

CNRS

UMR 6227 GREDEG – Université de Nice Sophia-Antipolis / OFCE Sciences Po. Paris

Une réflexion sur les valeurs communes sous-jacentes aux politiques de l'Union ne peut se faire en faisant abstraction de la politique de la concurrence. Celle-ci a constitué la cheville ouvrière de la construction du marché intérieur. Elle constitue l'une des politiques européennes les plus affirmées. Elle apparaît peut être de ce fait à ses pourfendeurs comme l'une des plus envahissantes voire dogmatiques. En effet, nul ne saurait contester à la politique de concurrence européenne une cohérence et une constance qui ne sont pas démenties depuis le Traité de Rome. Les vifs débats qui ont marqué le référendum français de 2005 relatif au Traité établissant une Constitution pour l'Europe se sont polarisés sur la notion d'une *concurrence libre et non faussée*. Le fait que celle-ci ait pu être dénoncée comme un dogme témoigne au moins de l'importance de la notion de concurrence dans la construction européenne.

La notion même de concurrence constitue à notre sens l'une des valeurs fondamentales sous-jacentes à la construction européenne. Elle ne doit pas être pensée comme une politique parmi d'autres, pour laquelle la Commission est dotée de larges attributions, mais, au contraire, comme l'un des piliers principaux du projet européen et du modèle de société porté par ses pères fondateurs. La place occupée par la concurrence dans la construction de l'Union n'est pas sans faire écho à celle qu'elle prit dans la construction de la République Fédérale Allemande à la fin des années quarante. Dans une certaine mesure, le modèle d'économie sociale de marché, tel qu'il a pu dériver de l'approche ordo-libérale développée par l'Ecole de Fribourg durant les années trente et quarante, a influencé la construction européenne notamment au travers des missions assignées aux politiques de concurrence.

La préservation du processus de concurrence, contre les atteintes des pouvoirs économiques, publics ou privés, apparaît tout à la fois comme une condition indispensable à la défense des libertés économiques et politiques mais aussi comme l'un des fondements essentiels d'un nouveau contrat social. En d'autres termes, la politique de concurrence n'est pas seulement une politique économique parmi d'autres ou une politique menée isolément des autres actions de l'Etat. Dans le cas ouest-allemand, elle a constitué, selon les termes de Michel Foucault, un des principaux moyens de

légitimation de l'Etat¹. Faute de pouvoir fonder ce dernier sur des légitimités historiques ou juridiques, l'exercice garanti de la liberté économique a fait office de base à la reconstruction d'une structure étatique². La politique de la concurrence et plus généralement la politique économique dans laquelle elle est englobée n'ont pas seulement eu pour objet et pour effet le bien-être économique *stricto sensu*. Elles ont produit de la souveraineté politique, une légitimité pour l'Etat garant de la préservation du processus de marché. Dans une certaine mesure, la politique de concurrence européenne occupe une place comparable. Elle n'est pas seulement le volet de la politique économique relatif à la sanction des pratiques anticoncurrentielles mais un outil de construction d'un marché intérieur unifié lequel ne revêt pas seulement un sens économique mais aussi politique.

Notre propos dans le cadre de cette contribution est d'approcher, dans une première partie, les principes sous-jacents à la conception ordo-libérale de la politique de concurrence ; tout d'abord pour saisir le rôle que cette dernière a joué dans la construction du modèle allemand de l'économie sociale de marché, puis pour évaluer son influence sur la construction de la politique européenne de la concurrence. Notre seconde partie essaie de jauger à cette aune la mise en œuvre de ces principes depuis le Traité de Rome. A cette fin, nous nous attachons dans une première section à la pratique décisionnelle des autorités européennes et notamment à celle de la Cour de Justice. Nous nous interrogeons enfin dans le cadre de notre seconde section sur la persistance de ce modèle à l'heure où la conception même des politiques de concurrence est appelée à évoluer vers une approche plus économique dont le critérium d'efficacité semble se limiter à la maximisation du bien-être du consommateur.

I – Les valeurs de la politique de concurrence européenne relèvent-elles d'un objectif de construction d'un modèle d'économie sociale de marché ?

Il s'agit dans le cadre de la première section de cette première partie de mettre en exergue le rôle de l'ordo-libéralisme dans la construction de la politique de concurrence allemande et l'édification du modèle de l'économie sociale de marché. Notre seconde section porte sur l'influence exercée par cette approche sur la construction des règles de concurrence européennes, notamment sur l'article 102 du Traité³. Nous verrons que celle-ci apparaît comme bien indirecte et qu'il serait hâtif de conclure que ce dernier relève exclusivement d'une telle logique.

A – En Allemagne : la place de la concurrence dans le projet ordo-libéral de construction d'une économie sociale de marché

a) *La liberté économique comme condition de la liberté politique et fondement de l'Etat*

¹ Foucault M., (2004), *Naissance de la biopolitique – cours au Collège de France (1978-1979)*, coll. Hautes Etudes, Gallimard, Seuil, Paris, 355p.

² Foucault M., (2004), *Ibid.*

³ Nous adoptons, pour l'ensemble de cet article, la numérotation du TFUE. Rappelons que l'article du Traité relatif aux abus de position dominante a successivement correspondu aux articles 86, 82 et enfin 102.

Pour reprendre l'analyse de Michel Foucault, l'ordo-libéralisme puis le modèle de l'économie sociale de marché ne relèvent pas exclusivement de la politique économique. Au lendemain du second conflit mondial ces politiques ont fourni l'un des fondements à la reconstruction de l'Etat. Il s'agissait en d'autres termes de légitimer un nouvel Etat sur d'autres bases que l'histoire. Le contrat social fut fondé sur la liberté économique⁴. Celle-ci était pensée comme une condition à la garantie de la liberté politique et de la prospérité collective.

Les sources de ce qui allait inspirer le modèle allemand de l'économie sociale de marché se trouvent dans la ville universitaire de Fribourg, traditionnel bastion libéral. Des économistes et des juristes s'y retrouvèrent en poste dès les années trente et menèrent, de façon plus ou moins clandestine un programme de recherche dont les fondements philosophiques et les prescriptions politiques qui en dérivait étaient radicalement éloignées du modèle totalitaire alors imposé en Allemagne⁵. Les ordo-libéraux, tels qu'ils furent plus tard baptisés, à partir du nom d'une de leur revue « *Ordo* », se rattachaient au néo-libéralisme⁶. L'expérience de la République de Weimar et particulièrement l'échec de la première loi sur la concurrence en 1923 leur avait montré que la concurrence laissée à elle-même convergeait spontanément vers sa propre destruction. La concentration du pouvoir économique privé aggravait les tendances, déjà bien établies, d'une cartellisation de l'économie. Cette concentration du pouvoir économique privé mettait en cause la liberté économique mais aussi les libertés politiques elles-mêmes au travers de la centralisation des décisions et de la montée subséquente du dirigisme.

Ce faisant, la défense de la liberté politique elle-même conduisait à rompre avec le modèle du *laissez faire* propre au libéralisme manchestérien. Il apparaissait nécessaire de protéger le processus de concurrence contre lui-même, fut-ce au travers d'une intervention de l'Etat. Cependant, si cette intervention étatique doit permettre de contrecarrer les atteintes à la liberté émanant des pouvoirs économiques privés, elle doit également se faire dans des conditions permettant de prévenir les menaces propres à l'abus du pouvoir économique public. Il s'agit donc de réinventer une politique permettant de placer cette intervention dans le cadre de règles générales et déterminées *ex ante* ouvrant la voie à un libéralisme constitutionnel.

⁴ Foucault M., (2004), *Ibid.*

⁵ Certains devront s'exiler, d'autres seront inquiétés en fin de période du fait de leur appartenance à des cercles d'opposition clandestins.

⁶ Au point de vue théorique, les ordo-libéraux se distinguent à la fois de l'approche néoclassique et de l'Ecole historique allemande. Contre la première, ils considèrent qu'il est impossible d'analyser séparément les phénomènes économiques et les phénomènes juridiques. Ils se rapprochent en ceci du *legal economic nexus* des institutionnalistes américains et notamment de J. Commons. Dans le même temps, ils se sont détachés de l'historicisme, alors dominant en Allemagne, dans la mesure où celui-ci ne permettait plus de penser l'économie en termes de principes généraux. Ce dernier conduisait en effet à rejeter tout cadre déductif dans la mesure où les actions économiques étaient analysées à partir de paramètres historiques ou culturels. De la même façon, l'ordo-libéralisme s'inscrivait en opposition avec la pensée juridique allemande laquelle s'était peu à peu cantonnée à un pur positivisme conduisant à limiter la science juridique à la seule étude de la législation au détriment de l'analyse des autres sources du droit...

Gerber D., (1994), "Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the "New" Europe", *American Journal of Comparative Law*, vol 42, pp.25-84.

Il s'agit alors de réhabiliter la loi comme un principe général et de prévenir les risques de capture, tels qu'ils se firent jour durant la République de Weimar⁷. L'idée commune aux économistes et aux juristes de Fribourg était que l'échec du système juridique à contrecarrer la création et l'exercice du pouvoir économique privé fut la principale origine de la remise en cause des libertés économiques et enfin politiques. Un lien direct était établi entre la dispersion du pouvoir économique – condition de la liberté d'accès au marché – et celle du pouvoir politique – condition de l'exercice de la liberté individuelle. Le cadre constitutionnel doit conduire à mettre en place un système de pouvoirs et de contre-pouvoirs permettant de garantir ces libertés. La concurrence est donc un outil de dispersion du pouvoir et d'exercice des libertés. Elle permet, ce faisant, à la fois de maximiser le bien-être de la société et de protéger les libertés individuelles.

A l'inverse du libéralisme classique qui considère le marché comme un principe de limitation de l'Etat, l'ordo-libéralisme va faire de la liberté de marché un principe organisateur de l'action même de l'Etat. Pour reprendre la formule de Foucault, il s'agit non d'un marché sous la surveillance de l'Etat mais d'un Etat sous la surveillance du marché. En d'autres termes, c'est la liberté de marché qui va fonder la légitimité de l'Etat et assurer son acception par le corps social. La politique de concurrence innerve donc l'ensemble des politiques publiques.

Dans ce cadre, la finalité de la politique de la concurrence ne tient pas à la maximisation du bien-être du consommateur. L'objectif est de permettre aux agents économiques d'accéder librement au marché. De cet accès naîtra l'efficacité économique. Celle-ci n'est que la résultante du processus de marché. La concurrence est, en effet, conçue comme la condition *sine qua non* pour l'exercice de la liberté économique fondée sur le choix rationnel individuel. Cependant, cette concurrence n'est pas considérée comme une donnée de nature mais comme un principe formel (*eidos*). En d'autres termes, la concurrence ne produit ses effets que si sa logique (i.e. sa structure) est respectée, ce qui laisse donc un rôle de construction et de préservation de ses conditions dévolu à l'Etat.

Si la République Fédérale Allemande ne fut fondée qu'en 1949, les premières bases du modèle d'économie sociale de marché furent jetées dès 1948 avec la mise en place d'une politique économique s'inspirant des prescriptions de l'Ecole de Fribourg. En 1947, fut créé une direction de l'économie unifiée pour les zones britanniques et américaines. Si l'administration militaire américaine avait déjà promulgué une première loi relative à la décartellisation de l'économie allemande, la construction de la politique de concurrence se fit en grande partie sur des bases internes sous l'impulsion du futur ministre de l'économie et plus tard chancelier, Ludwig Erhard.

Ce dernier forma en 1947 un conseil d'orientation (*Wissenschaftlicher Beirat*) formé d'universitaires, dont Eucken, Böhm et Müller-Amarck dont l'influence fut déterminante dans la

⁷ « Law increasingly came to be viewed as a tool of power rather than a reliable social institution ». Gerber D., (1994), *op. cit.*

constitution de la politique économique allemande. Ce dernier rendit le 18 avril 1948 un rapport dont les conclusions seront reprises par Erhard dès le 28 avril dans un discours devant l'assemblée de Francfort. Le principe de la liberté des prix comme mécanisme d'ajustement de l'économie était définitivement posé. Le discours d'Erhard, si l'on suit la lecture qui en est faite par M. Foucault, ne se réduit pas seulement à l'originalité d'une option de politique économique libérale à une heure où le dirigisme ou la planification sont mis en œuvre dans de nombreux états européens. Elle introduit, selon lui, une nouvelle conception de l'Etat, lequel tire sa légitimité de la garantie du libre exercice des libertés quelles soient politiques ou économiques. La reconstruction de l'Etat va se fonder sur la construction d'un cadre permettant la croissance économique.

b) Ordo-libéralisme et économie sociale de marché : quelles prescriptions de politique économique ?

Classiquement, les prescriptions de l'Ecole de Fribourg, en termes de politique économique, sont rassemblées en six principes constitutionnels et en quatre principes de régulation⁸.

Le premier principe constitutionnel tient à la stabilité monétaire ; stabilité dont l'indépendance de la banque centrale constitue une garantie de façon à crédibiliser l'engagement public. Le deuxième tient à l'ouverture des marchés tant aux points de vue externes (ouverture à l'échange international) qu'interne (refus des monopoles ou de tout avantage compétitif accordé à un agent donné)⁹. Le troisième principe réside dans la garantie des droits de propriété. Le quatrième principe constitutionnel tient à la liberté des contrats ; à l'exception cependant de tout engagement contractuel qui serait de nature à remettre en cause la liberté d'accès au marché¹⁰. Le cinquième principe tient à la notion de responsabilité économique des acteurs. Le sixième principe, enfin, réside dans la cohérence et la prévisibilité de l'action économique des pouvoirs publics, lesquelles supposent que celle-ci se fasse au travers de règles et non d'interventions de nature discrétionnaire.

Ces principes constitutionnels apparaissent comme indispensables aux yeux des ordo-libéraux pour garantir l'ordre concurrentiel. Ils doivent cependant s'appuyer sur quatre principes de régulation visant à garantir le fonctionnement du processus de concurrence¹¹. Le premier tient à la suppression ou du moins au contrôle du comportement des monopoles. Le deuxième est relatif à une politique de redistribution

⁸ Eucken W., (1952), *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Tübingen.

⁹ Notons que cette prescription s'inscrit dans une nette rupture avec le modèle allemand mis en place depuis la seconde moitié du XIX^{ème} siècle. La protection de l'économie vis-à-vis de la concurrence étrangère – notamment sous l'influence des prescriptions du protectionnisme éducateur de F. List – se doublait d'une cartellisation du marché intérieur.

¹⁰ Nous trouvons ici la distinction canonique entre la notion de *performance competition* et celle d'*impediment competition*. Dans la seconde la finalité économique de la stratégie de la firme ne peut s'expliquer que par la volonté de réduire la performance de marché de ses concurrents et non d'améliorer la sienne propre.

¹¹ Le terme de régulation doit s'entendre à la fois comme le fait de laisser jouer les processus mais aussi de favoriser leur accomplissement.

des revenus dans l'économie. Le troisième porte sur le traitement des externalités. Enfin, un dernier domaine d'intervention publique porte sur la correction des dysfonctionnements du marché du travail.

Ce cadre général permet de resituer la politique de concurrence dans un modèle d'ensemble cohérent de politique publique dont découlera le modèle de l'économie sociale de marché, appellation d'ailleurs due à un économiste ordo-libéral, Alfred Müller-Armack. L'économie sociale de marché est souvent vue comme une des (sinon la) traductions de la pensée ordo-libérale. Elle se distingue cependant de celle-ci au travers de l'accent particulier qui est mis sur la répartition équitable des fruits du processus de marché au sein du corps social.

Le processus de marché garantit un résultat socialement souhaitable, au sens des ordo-libéraux, dès lors qu'il apparaît légitime aux yeux des individus et que ces derniers ont d'égales opportunités d'y participer. La concentration du pouvoir économique remet en cause ce modèle dans la mesure où les gains du processus de concurrence peuvent être accaparés par certains acteurs et que ce processus même ne peut plus être tenu comme « juste » par ses participants. Ainsi, la garantie de la concurrence est vue comme non seulement comme un gage d'efficacité économique mais aussi d'équité sociale. Ses fruits doivent bénéficier à tous. Cette nécessité peut justifier la mise en place de mesures redistributives¹².

Il convient cependant de circonscrire la dimension redistributive de l'ordo-libéralisme. L'égalisation des niveaux ressources ne peut être un objectif en soi dans la mesure où le jeu de la concurrence procède des différentiels entre les acteurs du marché. Il faut cependant que les règles du jeu soient suffisamment équitables pour que tous acceptent d'y participer. Si des transferts de revenus entre agents sont nécessaires par exemple pour couvrir les risques, il est également préférable qu'ils ne se fassent pas par l'intermédiaire de l'Etat mais par le biais de mécanismes assurantiels privés¹³.

Cette politique fit progressivement l'objet d'un consensus politique. Très vite la CDU se l'appropriera malgré l'influence initiale au sein du parti d'une variante du socialisme chrétien. Après la mise en œuvre – hautement risquée mais couronnée de succès – de la politique économique d'Erhard (fin du contrôle des prix en 1948), la CDU adopta définitivement un projet d'inspiration ordo-libérale en 1949, avec la plateforme de Nuremberg. La mise en œuvre de cette politique fut facilitée par l'hégémonie des démocrates chrétiens jusqu'en 1966, notamment marquée par les gouvernements d'Adenauer (jusqu'en 1963) puis d'Erhard lui-même.

Les succès initiaux, dans le domaine de la stabilité des prix et de la concurrence, à l'origine du *miracle allemand* permirent à certains économistes ordo-libéraux comme Müller-Armack de proposer de passer à une seconde phase plus axée sur les dimensions de redistribution. Comme l'écrit D.

¹² Gerber D., (1994), *op. cit.*

¹³ Notons cependant que ce modèle ordo-libéral « pur » n'a jamais été réellement mis en œuvre ne serait ce que du fait de l'héritage de la protection sociale bismarckienne.

Gerber, « the emphasis in ‘social market economy’ shifted from ‘market’ to ‘social’¹⁴ ». Cette inflexion fut d’autant plus marquée qu’à partir de 1966 les élections conduisirent à la formation d’une grande coalition avec le SPD. La nouvelle politique économique fut formalisée en 1967 au travers d’un programme de stabilité et de croissance (appellation évocatrice). Elle réalisa un compromis entre conceptions ordo-libérales en matière de stabilité monétaire et de règles de concurrence et approches plus keynésiennes en termes de redistribution. Cependant, il convient de noter que le consensus noué autour des principaux traits de l’ordo-libéralisme est bien plus précoce que la formation de la grande coalition. Dès le début des années cinquante, des membres du SPD se rallièrent aux principales idées de l’approche ordo-libérale¹⁵. En 1955 Karl Schiller, futur ministre de l’économie et des finances, publia un ouvrage intitulé *Socialisme et concurrence*. Il introduisit la formule qui caractérisera l’approche de l’économie sociale de marché à savoir *la concurrence autant possible et l’intervention publique autant que nécessaire*. Le ralliement de fait du SPD sera réalisé en 1959 avec le congrès de Bad Godesberg.

Ce consensus conduit à analyser plus en détail la place de la politique de concurrence chez les ordo-libéraux dans le cadre d’une *Gesellschaftspolitik*. L’un des principes de base de la politique ordo-libérale tient en une limitation de nature constitutionnelle des interventions de l’Etat dans l’économie. Si celles-ci sont indispensables pour prévenir les distorsions liées à la création et à l’exercice des pouvoirs économiques privés, elles sont également porteuses de risques qu’il s’agit de prévenir. A ce titre, l’action gouvernementale ne doit reposer que sur des normes générales dérivant de la constitution économique. Il s’agit donc de prévenir toute intervention discrétionnaire propre à mettre en cause la sécurité juridique des agents économiques et de distordre le résultat de la concurrence. A l’instar de l’approche de John Locke dans son *Second Traité sur le Gouvernement Civil*, les ordo-libéraux considèrent à la fois que la dispersion du pouvoir est une condition de la liberté et que la prévisibilité et l’absence d’arbitraire qui accompagnent les interventions publiques constituent une indispensable garantie pour les droits individuels¹⁶.

L’intervention doit donc moins porter sur le résultat de marché que sur la préservation du processus de concurrence. Ainsi, se met en place une logique de régulation indirecte (*ordnungspolitik*) qui doit permettre de fournir un cadre dans lequel pourra se déployer la concurrence. Il s’agit donc d’intervenir seulement sur la *forme* de l’économie et non sur les choix individuels qui s’y expriment. La politique de la concurrence ne doit pas être considérée isolément de l’ensemble des politiques publiques. L’ensemble des décisions publiques en matière économique doivent s’inscrire en cohérence avec la *constitution économique*. En d’autres termes, il s’agit d’adopter une politique économique

¹⁴ Gerber D., (1994), *op. cit.*

¹⁵ Foucault M., (2004), *op. cit.*

¹⁶ A ce titre, le contrôle juridictionnel des décisions des organes administratifs joue un rôle déterminant. Gerber D., (1998), *Law and Competition in the Twentieth Century: Protecting Prometheus*, Clarendon Press, Oxford.

intégrée assurant la cohérence de l'ensemble des actions de l'Etat qu'il s'agisse de la politique monétaire, de la politique de l'emploi ou de la politique de la concurrence.

Ces différents volets de politique publique s'intègrent dans une politique de société. L'intervention publique ne doit pas se faire sur le processus de marché lui-même mais sur son environnement. Il s'agit également d'accroître le périmètre des activités régulées par le processus de concurrence, lequel constitue pour les ordo-libéraux, rappelons le, le principe de régulation de l'ensemble de la société¹⁷.

La concurrence occupe une place cependant centrale dans la construction de cette *constitution économique*. En effet, les différentes politiques économiques menées par l'Etat pourraient être inexorablement contrecarrées par la capacité des firmes à déterminer le niveau de leurs prix ou à définir le niveau de leur production. Il s'ensuit des prescriptions en matière de contrôle du pouvoir de marché des firmes assignées à la politique de concurrence. Celle-ci doit faire pièce aux pouvoirs de monopole. Cela peut passer par l'obligation faite aux entreprises dotées de pouvoirs de marché de se comporter comme si elles étaient en situation de concurrence voire par des cessions forcées d'actifs – au risque de remettre en cause les droits fondamentaux des entreprises.

L'influence des idées ordo-libérales en matière de politique de concurrence fut renforcée par la préparation de la loi allemande sur les restrictions de concurrence (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, GWB) de 1957. Les débats engagés ne furent pas sans influence sur les positions prises par les membres de la délégation allemande dans le cadre de la préparation du Traité de Rome.

B – Quelle influence sur la rédaction des articles du Traité de Rome relatifs à la politique de la concurrence ?

L'influence réelle de l'ordo-libéralisme sur la construction des règles européennes de concurrence fait débat. L'histoire tend à montrer que cette influence ne fut que très indirecte. Le Traité fut naturellement le fruit de compromis. Les articles relatifs aux règles de concurrence ne prirent leur sens définitif que très progressivement, au fil de leur mise en œuvre dans le cadre de contentieux.

a) *Analyse historique : les canaux de l'influence ordo-libérale dans les premières années de la construction européennes*

Il convient cependant de noter qu'il existe une indéniable similarité quant aux enjeux de la construction européenne de la fin des années cinquante avec ceux de la reconstruction de l'Etat ouest

¹⁷ Dans une certaine mesure, il s'agit de penser chaque volet de la vie sociale, chaque décision individuelle selon un modèle de choix de marché. Cependant cette dimension de choix rationnel ne peut suffire à accompagner toutes les dimensions de la vie sociale. C'est le principe de la *Vitalpolitik* de Röpke selon Foucault. Dans la mesure où la concurrence apparaît comme « un principe plutôt dissolvant qu'unifiant », il est nécessaire d'organiser un « cadre politique et moral » permettant de maintenir une « communauté non désagrégée ». Foucault M., (2004), *op. cit.*

allemand dix années auparavant¹⁸. La logique ordo-libérale de construction d'un pacte social sur la base de l'économie et de la liberté d'accès au marché était particulièrement adaptée aux problématiques de la construction européenne. Celle-ci du fait du rejet français du projet de Communauté Européenne de la Défense, en 1954, ne pouvait plus se faire que par la voie de l'intégration par l'économie.

L'influence de l'ordo-libéralisme sur la construction européenne et notamment la définition de la politique de concurrence passa par plusieurs canaux¹⁹. L'un des principaux tint à la participation aux institutions européennes de personnalités allemandes fortement influencées par cette approche. Il en alla ainsi du premier président de la Commission, Walter Hallstein, et du premier commissaire à la concurrence, Hans von der Groeben, qui fut l'un des rédacteurs du *Rapport Spaak*, lequel servit de base au Traité de Rome. La délégation allemande qui participa à la discussion du Traité compta en outre dans ses rangs Müller-Armack lui-même.

La préparation du Traité de Rome débuta en 1955 avec la *Déclaration de Messine*, laquelle insista notamment sur la nécessité de mettre en place des règles de nature à protéger la concurrence au sein du marché commun. L'étape suivante se fit au travers d'une réunion des ministres des affaires étrangères des *Six* à Bruxelles. Elle donna lieu à un exposé de Paul-Henri Spaak, connu sous la dénomination du *Rapport Spaak*. La discussion sur ce qui allait devenir le futur article 102 du TFUE se polarisa sur la question de son objectif. Paradoxe apparent, ce fut l'efficience productive et non la liberté d'accès au marché qui fut mise en exergue.

De la même façon, la délégation allemande défendit non la sanction de la position dominante en elle-même mais uniquement celle de son abus²⁰. Cette position ne doit pas étonner. En effet, l'ordo-libéralisme ne saurait être assimilé au structuralisme de l'Ecole de Harvard. Il s'agit de prévenir les comportements par lesquels des opérateurs dominants pourraient user de leurs capacités de coercition sur des firmes de la frange concurrentielle. Alors que la jurisprudence de la Cour de Justice conduira à considérer qu'une pratique susceptible de conduire à l'élimination de la concurrence revient à un abus de position dominante²¹, les rédacteurs des projets, dont von der Groeben, considéraient que les comportements en cause devaient recouvrir les seules pratiques déloyales²². En d'autres termes, il ne s'agissait pas de sanctionner *per se* les stratégies des opérateurs dominants se traduisant par l'éviction des concurrents. Ce ne sera que la pratique des autorités qui construira la spécificité de l'article 102.

¹⁸ Giocoli N., (2009), "Competition vs Property Rights: American Antitrust Law, the Freiburg School and the Early Years of European Competition Policy", *Journal of Competition Law and Economics*, vol.5, n°4, pp. 747-786.

¹⁹ Akman P., (2009), "Searching for the Long-Lost Soul of Article 82EC", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 29, n° 2, pp. 267-303.

²⁰ Akman P., (2009), *op. cit.*

²¹ Voir *Continental Can*, Cour de Justice, 1973.

²² Akman P., (2009), *op. cit.*

Comme l'écrit P. Akman, "Article 82EC was not perceived as a fully enforceable provision as such. This surely explains why, for many years, it was feared that Article 82EC would remain a 'dead letter'"²³. Les positions de von der Groeben et de Müller-Armarck furent d'ailleurs des plus réservées. La notion d'abus de position dominante apparaissait peut être à leurs yeux comme un compromis acceptable par rapport aux propositions d'autres Etats fondateurs, plus enclins à sanctionner la position dominante en elle-même.

Si le Traité et ses travaux préparatoires ne visaient pas à interdire la position dominante (ou la concentration du pouvoir économique) *per se*²⁴, un débat existe quant à la finalité même de l'article. Ce dernier visait-il les abus d'éviction mis en œuvre par les opérateurs dominants ou seulement les abus d'exploitation²⁵ ? Au-delà même de cette ambiguïté, les articles relatifs aux règles de concurrence ne firent pas, loin s'en faut, l'unanimité. Ils apparurent comme excessivement vagues, peu opérationnels mais surtout, comme nous le verrons, sujets à interprétations...

b) *Les diverses interprétations de l'article 102*

Les articles relatifs aux règles de concurrence du Traité de Rome, et notamment l'article 102, laissent la porte ouverte à de multiples interprétations. Ils pourraient, sous certaines conditions, être alternativement lus comme participant d'une politique de concurrence basée sur la liberté d'accès au marché ou une politique de concurrence visant à la maximisation du bien-être du consommateur. Le débat va se cristalliser autour des critères mis en œuvre pour sanctionner les comportements abusifs (formalisme juridique ou approche économique) voire le conflit autour de ses finalités mêmes (protéger la concurrence dans le sens de la maximisation du bien être ou protéger la liberté d'accès au marché des concurrents).

L'une des prescriptions fondamentales de l'approche ordo-libérale en matière de politique de concurrence tient à la sanction des comportements que pourraient mettre en œuvre des opérateurs dominants afin d'entraver l'accès au marché de leurs concurrents (*Behinderungswettbewerb*). Sont alors considérées comme anticoncurrentielles toutes les stratégies qui ont pour effet non d'augmenter la performance de l'opérateur dominant mais de dégrader celles de ses concurrents. Parmi ces pratiques, qui devraient faire l'objet d'une interdiction *per se* pour les opérateurs dominants, vont figurer la prédation par les prix, les boycotts et même les rabais de fidélité²⁶.

Pour les ordo-libéraux le standard de comportement « as if » ne peut s'appliquer en matière de certains types de rabais de fidélité dans la mesure où l'opérateur n'aurait aucune raison de mettre en œuvre de tels comportements s'il n'était doté d'une position dominante sur le marché. Cette logique

²³ Akman P., (2009), *Ibid.*

²⁴ Akman P., (2009), *Ibid.*

²⁵ Joliet R., (1970), *Monopolization and Abuse of Dominant Position*, Martinus Nijhoff, La Haye.

²⁶ Ce qui pourra, peut être, en partie expliquer l'attitude très restrictive des juridictions européennes en la matière.

est particulièrement visible dans la jurisprudence de la Cour de Justice. Par exemple, dans l'arrêt Michelin I (Cour de Justice, aff. 322/81, Michelin v Commission), le standard de preuve d'une pratique abusive a tenu au fait que la stratégie de marché mise en œuvre par le manufacturier clermontois n'aurait pas fait sens en l'absence d'une telle position de marché. L'idée est la suivante : un comportement de marché qui ne serait pas sanctionné sur la base de l'article 102 est un comportement qu'aurait rationnellement pu mettre en œuvre l'entreprise si elle ne détenait pas une position dominante.

A la différence de l'approche défendue par l'Ecole de Chicago, l'efficacité économique ne constitue pas, pour les économistes de l'Ecole de Fribourg, l'objectif premier de la politique de concurrence. Il s'agit seulement d'un produit dérivé de la liberté de marché (i.e. de l'intégrité du processus de concurrence). La finalité des politiques de concurrence est donc de préserver une structure de concurrence effective sur les marchés (dans le sens d'une préservation des conditions d'une concurrence complète). Cette structure est indispensable à la pérennité du processus de concurrence, malgré ses tendances naturelles. L'efficacité économique est défendue par ce biais dans la mesure où elle n'est que la conséquence de l'intégrité de ce processus.

L'analyse des travaux préparatoires au Traité montre que les articles relatifs au droit de la concurrence ne revêtirent pas directement une coloration ordo-libérale. Il s'agissait principalement de promouvoir l'efficacité productive. L'objectif est de prévenir la perte sèche pour l'économie qui survient dès lors que les prix sont fixés au-delà du niveau concurrentiel mais aussi les conséquences négatives, en termes dynamiques, de la *vie paisible* liée à la dominance, sur les incitations à investir et à innover. Si sur le principe la notion d'efficacité productive peut avoir quelques liens avec l'approche en termes de bien-être, il ne s'agit pas apparemment du critère de la maximisation du bien-être du consommateur mais peut être plus de celui du bien être global. Si l'abus de position dominante est sanctionné, c'est qu'il réduit les incitations des firmes à rechercher l'efficacité économique.

La place du critère de l'efficacité dans la construction de l'article 102 fait donc débat. Quand D. Gerber considère que ce dernier ne vise pas à protéger directement le bien-être mais le processus de concurrence en lui-même²⁷, P. Akman considère que dans l'optique de ses rédacteurs, l'article 102 ne pouvait porter d'objectifs autres que l'efficacité²⁸. Selon elle, l'objet de la politique de concurrence pour Müller-Armack était de promouvoir l'efficacité. Les objectifs redistributifs devaient dans ce cadre être portés par d'autres politiques publiques.

Il apparaît en fait qu'il est difficile de reconstituer *ex post* l'intention des rédacteurs du Traité. De tels problèmes d'interprétation ne devraient pas étonner. En effet, il est possible de considérer que les textes de lois ne disent rien en eux-mêmes, tout dépend de la façon dont ils sont saisis en situation.

²⁷ Gerber D., (2008), *op. cit.*

²⁸ Akman P., (2009), *op. cit.*

Comme nous le verrons, Müller-Armack, lui-même, considérait que le caractère vague et bancal de l'article 102 risquait d'en faire un *concept infirme*, une disposition inapplicable²⁹.

Or, du fait de la texture ouverte des règles de droit, celles-ci disposent d'une plasticité faisant qu'elles prennent en fait tout leur sens dans le cadre de leur interprétation par les autorités en charge de leur application. Ce sens se construit également dans le contexte de leur activation – dans une logique stratégique notamment – par les différentes parties prenantes. Ainsi, l'analyse de l'article 102 ne peut se faire qu'au travers de celle de sa mise en œuvre par la Commission et du contrôle juridictionnel des décisions de la Commission par la Cour de Justice (et le Tribunal). Il est donc nécessaire de saisir le droit en action pour comprendre le sens effectif de l'article 102 mais aussi pour évaluer la possibilité de voir l'application de ce dernier évoluer³⁰. A ce titre, il convient de s'interroger sur la possibilité de faire converger ce dernier vers une approche plus économique et *in fine* de se poser la question de l'impact d'une telle convergence – si celle-ci est en l'état possible – en termes de pérennité d'une logique sous-jacente à la construction européenne relevant d'un modèle d'économie sociale de marché.

II – Quelles valeurs ressortent de la mise en œuvre du droit de la concurrence européen ?

Le sens de l'article 102 va être en effet produit par la pratique décisionnelle des instances en charge de son application. Nous montrons dans une première sous partie de quelle façon l'interprétation qui va en être faite par la Commission mais aussi et surtout par la Cour de Justice va lui donner son sens actuel. Dans une seconde sous partie nous traitons des critiques faites à une telle interprétation. Elle ferait notamment obstacle à la mise en œuvre d'une approche plus économique sur le modèle américain. Cependant, malgré les impulsions imprimées en ce sens par la Commission, la jurisprudence de la Cour de Justice semble faire obstacle à une telle convergence. Il s'agit enfin, dans le cadre de notre conclusion, de s'interroger sur le sens d'une telle convergence en termes d'intérêt général. La maximisation du bien-être constitue-t-elle, en d'autres termes, un objectif équivalent à ceux portés par un modèle inspiré de l'économie sociale de marché ?

A – Une construction du marché intérieure par la mise en œuvre de la politique de concurrence

a) La mise en œuvre de la politique de concurrence par la Commission

Très tôt la Commission interpréta l'article 102 comme participant de la défense d'un modèle de concurrence non faussée³¹. Dans cette logique, l'objet premier de la politique de concurrence est de favoriser l'établissement d'un ordre économique de nature à promouvoir le bien-être et la liberté des

²⁹ Akman P., (2009), *Ibid.*

³⁰ Sur ces points, voir :

Kirat T. et Serverin E., (s.d.), (2000), *Le droit dans l'action économique*, CNRS éditions, 238p.

³¹ von Der Groeben, (1965), "Competition policy as part of the economic policy in the Common Market", Speech before the European Parliament, Strasbourg, June.

acteurs du marché et donc à servir le consommateur. Un tel ordre passe par la préservation d'une concurrence praticable et par la défense des entreprises contre les pratiques commerciales déloyales. Alors que l'influence ordo-libérale demeurait limitée dans le cadre de la rédaction de l'article 102, la position défendue par le Commissaire à la concurrence pouvait apparaître comme témoignant d'une filiation de la stratégie de la Commission vis-à-vis de cette dernière, filiation assez imparfaite comme nous allons le voir.

Par exemple, le concept de concurrence praticable était défini comme une situation de marché caractérisée par la présence d'une concurrence active et effective. De la même façon, l'accès au marché doit dans ce cadre rester ouvert, les mouvements de prix ne doivent pas refléter et les libertés d'actions et de choix des autres firmes et consommateurs garanties. Comme le relève P. Akman, il ressort bien du discours de von der Groeben que la politique de concurrence qu'entend mener la Commission n'apparaît pas dès lors comme une politique communautaire isolée des autres mais comme un moyen pour accroître la productivité, le bien-être et la liberté économique pour l'ensemble du marché intérieur. Les concepts d'un ordre économique dont l'émergence passe par des normes légales, d'équité du processus de concurrence (*fairness*) et de liberté économique semblent refléter une très forte imprégnation des idées ordo-libérales³².

Cependant, il était ici question de politique de la concurrence et non de droit de la concurrence. Il s'agit des priorités définies par la Commission dans la mise en œuvre de l'article 102. Ensuite, la connotation du discours du premier Commissaire européen à la concurrence s'éloigne, par certains égards, de la pensée ordo-libérale. En effet, la politique de concurrence n'est pas conçue comme un but en elle-même mais comme un outil pour obtenir des résultats économiques. A nouveau, l'argument de l'efficacité productive est présent. Il constitue l'objectif porté par la politique de concurrence.

La pratique de la Commission ne semble donc pas pouvoir s'analyser sous le prisme d'une logique ordo-libérale. L'attitude clémente vis-à-vis des concentrations, l'absence de mise en cause des positions dominantes en elles-mêmes (par des obligations comportementales ou des désinvestissements) constituent des différences notables. De la même façon, l'éviction n'est considérée comme abusive que si elle procède de méthodes déloyales. Elle ne sera considérée comme abusive que plus tard. En effet, il apparaît que seuls les abus d'exploitation étaient initialement visés. A ce titre, la finalité de l'article 102 s'écartait de la logique de la Section 2 du Sherman Act (*monopolization*). Il s'agissait moins de défendre une structure de marché donnée que de veiller à ce qu'une structure caractérisée par une forte dominance ne se traduise pas par des pratiques défavorables aux consommateurs en termes de prix ou d'incitations à l'efficacité productive. Ainsi, la politique de la concurrence portée dès le milieu des années soixante par la Commission présentait-elle une double

³² Akman P., (2009), *op. cit.*

originalité tant par rapport aux prescriptions de l'Ecole de Fribourg que par rapport aux pratiques de l'Antitrust américain.

b) *Les arrêts de la Cour de Justice dans les années soixante : une interprétation téléologique de la politique de concurrence*

L'influence de l'ordo-libéralisme sur la construction européenne s'exerça en fait de façon significativement plus sensible sur la Cour de Justice³³. En effet, l'inflexion de l'interprétation de l'article 102 vers une logique plus ordo-libérale se dessina progressivement au fil de ses arrêts. Comme l'écrit D. Gérardin, « the ECJ and the General Court largely supported the decisional practice of the Commission, systematically rejecting appeals against these decisions by private parties, often making matters worse by adding a strong 'ordo-liberal' flavor to their judgments³⁴ ». En effet, certains de ses arrêts, notamment *Continental Can*, conduisirent à accroître le périmètre de l'article 102 de la sanction des pratiques d'exploitation vers celle des pratiques d'éviction.

Sans développer ici une description exhaustive des décisions de la Cour de Justice relevant plus d'une logique de construction du marché intérieur et de préservation du processus de marché que de simple sanction des pratiques abusives, il s'agit de présenter quelques uns des cas au travers desquels il est possible de mettre en exergue l'influence ordo-libérale dans la pratique décisionnelle de la Cour.

Un premier exemple peut être apporté par la décision *Continental Can* de 1973 (cas 6-72). Celle-ci a constituée, selon D. Gerber, “the apotheosis of the theological method³⁵”. Selon P. Akman, il marque le glissement entre la sanction de l'exploitation de la dominance et la sanction des abus d'éviction ; sanction apparemment non prévue par les rédacteurs du Traité³⁶. L'interprétation de l'article 102 par le juge lui donna donc un sens nouveau. Comme nous l'avons vu l'effet réel des textes de lois ne dépend pas uniquement de leur énoncé même ou d'une quelconque reconstitution *ex post* de l'intention initiale du législateur par ceux qui sont au final chargés de l'appliquer. Au final, le sens des textes n'est construit qu'en situation au travers de la pratique décisionnelle de l'autorité en charge de les appliquer. Cette

³³ Lovdahl-Gormsem L., (2006), “Article 82EC: Where are we coming from and where are we going to?”, *The Competition Law Review*, volume 2, n°2, pp.5-25.

³⁴ Gérardin D., (2010), “Is the Guidance Paper of the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 102 TFEU to Abusive Exclusionary Conducts useful?”, *Working paper*, disponible sur [ssrn](https://ssrn.com).

³⁵ Gerber D., (1994), “The Transformation of European Community Competition Law”, *Harvard International Law Journal*, 35, pp. 97-148.

³⁶ “As such, it led to Article 82EC being predominantly used for a purpose for which it was not designed”. Akman P., (2009), *op. cit.*

'jurisprudence', découle de la façon dont les acteurs, juges ou parties prenantes, vont se saisir des ressources d'action que leur offrent les règles de droit. Les effets réels des règles procéderont donc de ces conditions d'activation et de l'interprétation qui vont en être faites. Au final, l'article 102, article vague s'il en était, va acquérir en situation un sens qui va permettre d'en faire un levier d'approfondissement de la construction européenne³⁷. A ce titre, le cas de Continental Can est particulièrement intéressant.

Dans le cas de cette affaire, jugée en 1973, seize ans avant la publication du premier règlement relatif au contrôle des concentrations, la Cour considéra qu'une concentration pouvait constituer un abus de position dominante si elle impliquait un opérateur déjà détenteur d'une telle puissance de marché³⁸. Il n'est nullement question ici des conséquences de la concentration sur le bien-être du consommateur. Le caractère abusif dérive simplement de l'altération des conditions de concurrence. Pour la Cour, l'article 102 n'a pas seulement vocation à s'appliquer aux seules situations de marché susceptibles de causer un dommage direct aux consommateurs mais à celles qui peuvent lui porter préjudice à terme en renforçant de façon significative une position dominante. Celle-ci est alors vue comme susceptible de faire dépendre le maintien ou les conditions d'accès au marché des concurrents de la volonté d'un tel opérateur.

Pour reprendre l'interprétation qui avait été faite par Joliet dès 1970, alors que le déplacement de l'accent des pratiques d'exploitation vers celles d'éviction aurait pu sembler faire le jeu des entreprises dans la mesure où l'évaluation des premières aurait revêtu un aspect des plus intrusifs, la montée en puissance des secondes s'avéra bien plus problématique pour les entreprises dominantes.

L'arrêt Commercial Solvents de 1974 (aff. C-6-7/73) constitue un deuxième cas témoignant de la transformation progressive du sens de l'article 102. La Cour considéra qu'un groupe verticalement intégré est susceptible de commettre un abus en éliminant potentiellement un concurrent du marché en entravant ses possibilités d'accéder à un intrant

³⁷ Il est possible de mettre en exergue un même processus pour le secteur de l'énergie ; processus au travers duquel l'activation des ressources constituées par les règles générales de concurrence peut servir de levier à la libéralisation dans le cadre d'une politique européenne de construction d'un marché intérieur. Marty F., (2004), « Analyse de la libéralisation des industries de réseaux au travers de la jurisprudence du Conseil de la Concurrence français », *Revue Internationale de Droit Economique*, tome XVIII, n° 4 – 2004, pp. 435-459.

³⁸ "It can be regarded as an abuse if an undertaking holds a position so dominant that the objectives of the Treaty are circumvented by an alteration to the supply structure, which seriously endangers the consumer's freedom of action in the market such a case necessarily exists if practically all competition is eliminated". Lovdahl-Gormsem L., (2006), *Ibid.*

essentiel pour son maintien sur le marché. L'abus a été retenu dans la mesure où il s'agissait d'une décision mettant un terme à une relation commerciale déjà établie. La situation aurait été différente dans le cas d'un refus initial. Cependant, dans le cas d'espèce, la Cour ne s'est jamais préoccupée de savoir si l'éviction du concurrent était au final préjudiciable en termes de bien être du consommateur³⁹. Il s'agit, dans de pareils cas, de protéger l'accès au marché de petits opérateurs⁴⁰.

Il peut ainsi apparaître que l'imprégnation ordo-libérale de la politique de concurrence européenne s'est faite au travers de la pratique décisionnelle de la Cour de Justice, laquelle a interprété l'article 102 d'une façon « téléologique », comme porteur d'un objectif de construction du marché intérieur⁴¹.

c) Deux manifestations d'une telle logique : la notion de responsabilité particulière de l'opérateur dominant et l'activisme de la Commission dans la libéralisation sectorielle

Pour les ordo-libéraux, la destruction des libertés politiques allemandes dans les années trente est née de celle des libertés économiques. La concentration du pouvoir économique apparaît donc comme une menace à la fois pour le processus de marché mais aussi pour les libertés individuelles. Il s'ensuit une méfiance vis-à-vis des firmes dominantes pouvant aller jusqu'à considérer que la concentration de l'économie est un mal en soi. Dès lors, la politique de concurrence pourrait porter un modèle de marché dans lequel l'ensemble des firmes seraient preneuses de prix, voire un modèle d'une économie composée de PME⁴².

A ce titre, la conception même de ce que doit être la finalité de la concurrence diverge entre les politiques de concurrence européennes et américaines. Quand les secondes visent à la maximisation du bien-être du consommateur sous réserve du respect des droits de propriété et de la liberté contractuelle des opérateurs de marché, la première considère qu'il s'agit de protéger l'accès au marché de l'ensemble des opérateurs, notamment celui des petites firmes⁴³. Ce faisant, il y a un abus de dominance dès lors que le comportement d'un opérateur puissant remet en cause par ses pratiques la

³⁹ "Protecting the competition though the action of curtailing the power of the near monopolist, the consumer may benefit through increased choice and a reallocation of profits from the monopolist to alternative competitors [...] As these competitors will not have the habitability to reap monopoly profits, we would then expect these profits to be passed back to the consumer though reduced prices".
Lovdahl-Gormsem L., (2006), *Ibid.*

⁴⁰ Dans certains cas, la protection des petites firmes est présentée comme l'un des objectifs des politiques de concurrence (Hugin v Commission, cas 22/78, 1979).

⁴¹ Gerber D., (1994), "The Transformation of ...", *op. cit.*

⁴² Foucault M., (2004), *op. cit.*

⁴³ Fox E.M., (1986), "Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity and Fairness", *Notre Dame Law Review*, vol.61, p.981 et s.

pérennité d'une structure de concurrence effective. En d'autres termes, un comportement est abusif dès lors qu'il est susceptible d'avoir pour effet de restreindre la liberté économique des tiers, leur capacité à tirer profit des opportunités de marché. Ainsi, la politique de la concurrence peut être conçue comme participant d'un interventionnisme juridique visant à contrecarrer la concentration du pouvoir économique privé⁴⁴.

L'activisme de la Commission pour la construction du marché intérieur, s'il est lu comme relevant de l'accroissement du périmètre des activités sociales régulées par le processus de marché, participe d'une telle logique. Il pourrait être fait l'hypothèse que l'application des règles de concurrence dans le cas des industries de réseaux nouvellement libéralisées témoigne d'une approche dans le cadre de laquelle l'article 102 en particulier et les règles de concurrence en général sont utilisées non seulement pour sanctionner d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles mais aussi pour parfaire la construction du marché intérieur. Cet activisme légal peut conduire à des situations dans lesquelles les droits fondamentaux des entreprises, notamment les droits de propriété ou la liberté contractuelle, peuvent être remis en cause. Ceux-ci peuvent être mis en balance avec les objectifs de la politique de concurrence dès lors qu'il s'agit de rapprocher la structure, ou du moins le fonctionnement du marché, d'une situation de concurrence complète. Il en va ainsi notamment de certaines décisions prises dans le domaine de l'énergie dans le cadre de procédures négociées (des engagements sur la base de l'article 9 du règlement 1/2003). Les mesures correctives acceptées (cession des actifs de transports i.e. la dé-intégration verticale des groupes concernés), peuvent être lues – dans une certaine mesure – comme un moyen d'obtenir au travers de décisions contentieuses impliquant des opérateurs dominants, ce qui n'avait pas pu être accepté par les Etats membres dans le cadre de la préparation des directives sectorielles⁴⁵.

Une telle approche peut conduire à une logique de régulation asymétrique de la concurrence. Celle-ci peut particulièrement être observée en matière de traitement des industries de réseaux anciennement gérées dans le cadre de monopoles légaux, qu'il s'agisse des secteurs de l'énergie, des télécommunications ou du transport ferroviaire. Elle peut cependant être mise en évidence pour l'ensemble des politiques de concurrence européennes. Un amendement à la GWB (la loi allemande sur la concurrence de 1957) constitue un des premiers exemples de différences de traitement entre opérateur dominant et firmes de la frange concurrentielle⁴⁶. Il avait conduit à l'adoption d'un standard de la preuve plus exigeant pour l'entreprise dominante que pour ses concurrents. L'objectif était de contrecarrer les stratégies d'*impediment competition*. Cette position, qui révèle notamment l'influence de F. Böhm, peut être observée dans la jurisprudence concurrentielle européenne au travers d'affaires telles Hoffmann-La Roche ou Michelin II. Dès lors que le comportement de l'opérateur dominant est de nature à remettre en cause la pérennité de la structure de concurrence effective, nul besoin de

⁴⁴ Amato G., (1997), *Antitrust and the Bounds of Power*, Hart Publishing, London.

⁴⁵ Voir en ce sens les deux décisions de la Commissions relatives à l'acceptation d'engagements proposés par les deux électriciens allemands, E.On et RWE, respectivement en 2008 et 2009.

⁴⁶ Lovdahl-Gormsem L., (2006), *op. cit.*

mesurer les effets réels des pratiques sur le marché pertinent ou encore sur le bien-être du consommateur (cas T -203/01, Michelin v Commission). L'abus de position dominante est présumé.

L'influence ordo-libérale s'exprime également au travers d'un certain interventionnisme juridique. Celui-ci est rendu nécessaire, pour les économistes de Fribourg, par le caractère autodestructeur et non autorégulateur du processus de concurrence. En d'autres termes, leur vision de la concurrence et de la dynamique des marchés s'inscrit diamétralement en opposition avec celle portée par l'Ecole de Chicago⁴⁷. Ce faisant, alors que l'Etat doit se garder au maximum de céder aux sirènes de l'interventionnisme économique, il ne doit pas hésiter à mettre en œuvre un réel interventionnisme juridique pour protéger le processus de marché. Pour reprendre une formule d'Eucken, il s'agit de mettre en œuvre un droit économique « *conscient*⁴⁸ », à condition que ces interventions se fassent dans le cadre d'un 'Etat de droit' (*Rechtsstaat*).

Il n'est guère étonnant, au vu des conclusions de l'Ecole de Chicago, que ce modèle fasse l'objet de contestations croissantes. Reposant sur des catégories juridiques formelles, il ne permettrait pas une défense sur la base de l'efficacité et conduirait, faute d'évaluation des effets concrets des pratiques sur les marchés, à l'interdiction de pratiques certes mises en œuvre par des opérateurs dominants mais *in fine* favorables aux consommateurs en termes de bien-être. Il s'agit donc dans le cadre d'une dernière section de s'attacher aux déterminants de ces recommandations d'évolutions avant de s'interroger sur la possibilité de les mettre en œuvre dans le cadre de la jurisprudence en vigueur.

B – Un modèle daté historiquement ?

a) *La tradition ordo-libérale de la politique de concurrence face à la contestation portée par les tenants d'une approche plus économique*

Il est tout d'abord possible de s'interroger sur les liens entre les objectifs de préservation d'une structure de marché de concurrence effective et de maximisation du bien être. Ces derniers produisent-ils équivalents en termes de pratique décisionnelle ?

⁴⁷ Une telle logique suppose en tout état de cause d'accepter de s'exposer au risque de *faux positifs*, c'est-à-dire de sanctions infondées de pratiques pourtant conformes à une concurrence par les mérites. Ce risque peut apparaître, dans une logique ordo-libérale, comme acceptable dans la mesure où le risque symétrique d'un *faux négatif* peut conduire à atteinte irréversible au processus de concurrence. Inversement, l'hypothèse de marchés autorégulateurs peut conduire à considérer que le risque de *faux négatif* est moins coûteux que le risque de *faux positif*. En effet, le premier pourra être corrigé par de nouvelles entrées dans la branche, motivées par l'observation d'un surprofit. Le second, sera d'autant plus coûteux qu'il dégradera irréversiblement les incitations des firmes à acquérir une position dominante par leurs mérites. L'opposition entre une approche inspirée de l'ordo-libéralisme et l'approche de l'Ecole de Chicago peut être totale sur ce point.

⁴⁸ Bilger F., (1964), *La pensée économique libérale de l'Allemagne contemporaine*, Librairie Générale du Droit, Paris.

L'approche traditionnelle de la politique de concurrence européenne fait l'objet de critiques croissantes à compter du début des années deux mille. La raison en tient à une logique qui serait par trop axée sur un formalisme juridique. Elle conduirait à des interdictions *per se* ne faisant pas justice au caractère éventuellement bénéfique en termes d'efficacité économique de certaines pratiques de marché. La Commission se focaliserait excessivement sur la qualification des stratégies de marché mises en œuvre par l'opérateur dominant à partir de catégories formelles. Elle n'accorderait pas une place suffisante à l'évaluation des effets concrets de celles-ci non seulement sur les concurrents mais aussi sur le bien-être. A ce titre, les annulations de décisions de la Commission dans le domaine du contrôle de concentrations sur la base d'erreurs manifestes d'appréciation en matière économique par le Tribunal au début de la première décennie de ce siècle⁴⁹ pourraient apparaître comme de salutaires rappels à l'ordre et d'efficaces incitations à la modernisation de son approche économique⁵⁰.

Les autorités de la concurrence européennes – notamment la Cour de Justice – ont fait l'objet de critiques tenant à une insuffisante prise en considération des prescriptions dérivées de l'analyse économique. De façon parfois peu excessive, il est reproché aux autorités européennes de rester figées sur une appréhension par trop structuraliste de la concurrence, laquelle ne saurait plus être considérée comme prédominante aux Etats-Unis depuis les années soixante-dix⁵¹. En effet, les analyses issues de l'Ecole de Chicago sont souvent présentées comme ayant irréversiblement éloigné les analyses de l'Antitrust d'évaluations en termes de structures de marché, d'interdictions de pratiques *per se* au profit d'évaluations fondées sur les effets concrets des pratiques sur les marchés⁵². L'idée sous jacente est que la science économique – ou pour être plus précis les analyses de l'Antitrust développée par l'Ecole de Chicago - fournit une base objective pour traiter des comportements de marché⁵³. Elle offrirait de plus

⁴⁹ Il s'agit, principalement, de décisions reposant sur le critère de la position dominante collective (affaires Air Tours / First Choice ou encore Sony / BMG).

Marty F., (2010), « La notion de position dominante collective dans les politiques de concurrence : incertitudes économiques et insécurité juridique », *Economie et Institutions*, n° 10-11/ 2007, pp.185-218.

⁵⁰ Gérardin D. et Petit N., (2010), « Judicial Review in European Union Competition Law : A Quantitative and Qualitative Assessment », *séminaire du Groupe de Recherche en Droit, Economie et Gestion*, CNRS - Université de Nice Sophia-Antipolis, octobre.

⁵¹ L'école structuraliste était en grande partie représentée par les travaux menés au sein de l'Université de Harvard. Selon ces derniers la concurrence ne pouvait être réellement *praticable* que si la structure du marché était réellement concurrentielle. Par voie de conséquence, les efforts de l'Antitrust devaient porter sur la préservation de structure de marchés dépourvues de situation de dominance. Il s'ensuivait une approche très interventionniste – caractéristique de l'Antitrust américain jusqu'aux années soixante-dix – et reposant sur des interdictions *per se* de certaines pratiques dès lors qu'elles étaient le fait d'entreprises détentrices de fortes parts de marché.

⁵² Il serait pour autant excessif de considérer que l'Antitrust américain peut se résumer à la mise en œuvre des prescriptions de cette école. En fait, l'influence des économistes de l'Université de Chicago n'est pas sans partage.

Kovacic W., (2007), "The Intellectual DNA of Modern US Competition Law for Dominant Firm Conduct the Chicago / Harvard Double Helix", *Columbia Business Law Review*, vol.1, pp.1-80.

⁵³ Pour reprendre les termes mêmes de Richard Posner dans un article publié en 1979 : « it is no longer worth talking about different schools of academic antitrust analysis ».

Posner R., (1979), "The Chicago School of Antitrust Analysis", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, n°4, pp.925-948.

une grande sécurité juridique aux opérateurs dominants, malgré la substitution d'une analyse au cas par cas des effets des pratiques à des raisonnements fondés sur des normes structurelles. L'approche de Chicago conduit à déplacer l'accent de la structure de marché vers les incitations qui s'exercent sur les firmes. Elle montre que si une entreprise acquiert un pouvoir de marché et extrait la rente produite par ses investissements – même en pratiquant des prix de monopole – cela profitera à tous et sera de toute façon réglé par le marché dans la mesure où sa position sera inexorablement contestée.

La contestation de l'approche traditionnelle de la Commission en matière de politiques de concurrence va se concentrer sur l'interprétation de l'article 102 du Traité. S'agit-il d'accroître le bien-être du consommateur ou de protéger la liberté économique des acteurs du marché ? Comme le relève D. Gerber, l'interprétation ordo-libérale de l'article 102 n'est pas compatible avec un primat accordé à la maximisation du surplus. Ce dernier a pour premier objectif de protéger le processus de concurrence en lui-même, et non son seul résultat⁵⁴.

Il apparaît également que la majeure partie des contestations de l'approche européenne tiennent à une possible dérive vers une protection des concurrents au détriment du bien-être du consommateur⁵⁵. A ce titre, le maintien de la notion de responsabilité particulière de l'opérateur dominant vis-à-vis d'une structure de concurrence effective peut-il être considéré comme survivance, de nature à entraver la convergence avec les pratiques décisionnelles de l'Antitrust américain ? La notion de responsabilité particulière de l'opérateur dominant couplée avec des raisonnements fondés sur des catégories juridiques formels peut laisser craindre que des pratiques concourant à l'efficacité économique ne soient sacrifiées sur l'autel de la préservation d'une structure de concurrence effective⁵⁶. Si celle-ci est conçue comme l'une des *formes* permettant au processus concurrentiel de pleinement porter ses fruits, une intervention visant à pérenniser cette dernière pourrait apparaître dans une optique ordo-libérale. Le cas peut notamment se présenter en matière d'évictions anticoncurrentielles. Seule une démarche peut permettre d'éviter de tels écueils. Il s'agirait tout d'abord d'apprécier la réalité de l'éviction puis d'évaluer le dommage au consommateur. Dans le cadre de l'appréciation traditionnelle il peut sembler que l'évaluation de ces deux éléments repose sur des bases relativement proches d'une logique de régulation asymétrique de la concurrence en défaveur de l'opérateur dominant.

Tout d'abord, la jurisprudence du Tribunal et de la Cour de Justice conduit à imposer un standard de preuve somme toute assez peu exigeant à la Commission pour caractériser un effet d'éviction. Par

⁵⁴ Gerber D., (2008), "The Future of Article 82: Dissecting the Conflict", in Ehlermann C. and Marquis M., (ed.), *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, Hart Publishing, pp.119-161.

⁵⁵ Marty F. et Pillot J., (2009), « Protéger la concurrence ou protéger les concurrents ? L'affaire Intel en perspective », *Revue Economique et Sociale*, n° 2009-4, volume 67, décembre, pp. 65-74.

⁵⁶ Pour reprendre la formule d'Heimler, une approche assise sur le formalisme juridique pourrait conduire à « banning the sales of Ferrari cars, because it is highly probable that drives will not respect the speed limits ». Heimler A., (2005), "Pricing below costs and loyalty discounts: are they restrictive and if so, when?", *Competition Policy International*, vol.1, p.149.

exemple, dans l'affaire Microsoft (aff. T-201/04), l'abus de position dominante a pu être caractérisé par la seule limitation des choix des consommateurs. De la même façon, dans l'affaire Michelin II (aff. T-203/1), l'existence même du système de remise de fidélité a été interprété comme constitutif d'une limitation de la liberté de choix des consommateurs dans la mesure où il rendait l'accès au marché – ou le maintien – plus difficile pour les concurrents⁵⁷. Ensuite, pour reprendre l'exemple de l'affaire Microsoft, le dommage au consommateur avait été apprécié à partir de la notion de « limitation des développements techniques ».

De façon plus générale, la Commission adopte en outre un présupposé quelque peu structuraliste en considérant que la détention d'une position dominante va supposer l'exercice de celle-ci au détriment des consommateurs. Ce n'est pas parce que l'extraction du surplus du consommateur est possible (rappelons qu'elle est tenue pour légitime par l'Antitrust américain) que l'opérateur dominant aura les incitations nécessaires pour y procéder. Ce dernier peut en effet préférer maintenir ses prix à proximité du prix de concurrence afin de ne pas favoriser de nouvelles entrées dans la branche.

b) La résistance d'un modèle

Assiste-t-on pour autant à un alignement de la politique de concurrence européenne vers la logique et les méthodes de l'Antitrust américain, alignement conduisant à l'établissement d'un modèle unique ? Celui-ci apparaît comme étant naturellement favorisée par la convergence des grilles de lecture économiques sous-jacentes⁵⁸. Cependant, forcer est de constater que les tests économiques utilisés divergent encore significativement comme le montrent les cas Wanadoo España et Brooke en matière de prédation et Deutsche Telekom et Linkline en matière de stratégies de ciseaux tarifaires. Cette résistance procède en fait de la jurisprudence des juridictions de Luxembourg et apparaît comme l'un des principaux facteurs de résistance du modèle européen par rapport à un alignement vis-à-vis des pratiques américaines. Il s'avère d'autant plus significatif que dans le cadre d'une convergence de l'ensemble des dimensions des politiques européennes de concurrence vers une approche plus économique (notamment le contrôle des concentrations), il pouvait sembler acquis que le processus d'américanisation du droit de la concurrence européen était irréversiblement enclenché. Significativement, O. Budzinski brossait en 2003 un tableau quelque peu pessimiste quant à la permanence d'une influence ordo-libérale sur la politique de concurrence européenne⁵⁹. Celle-ci lui

⁵⁷ Waelbrock D., (2005), "Michelin II: A Per Se Rule against Rebates by Dominant Companies?", *Journal of Competition Law and Economics*, vol.1, pp. 149-171.

⁵⁸ Pour W. Kovacic, la consolidation d'une culture économique commune – si ce n'est unique – constitue un puissant vecteur de convergence (*a generally common intellectual framework and a roughly similar set of analytical norms*).

Kovacic W.E., (2010), "Convergence and Divergence in the EU and US Competition Policy", in UKOIK (Polish Office of Competition and Consumer Protection), *Changes in Competition Policy over the Last Two Decades*, pp.469-502.

⁵⁹ Notons qu'il ne lui accordait en outre qu'une influence secondaire vis-à-vis de l'Ecole de Harvard...

Budzinski O., (2003), "Pluralism of Competition Policy Paradigms and the Call for Regulatory Diversity", *working paper*, n° 14/2003, Philipps Universität Marburg, 49p.

semblait désormais appartenir à un passé révolu : « [...] ordoliberal ideas have been second most influential (next to adaptations of workable competition concepts) in the formation of an European competition policy [...], although this influence seems to cease presently ».

L'évolution des politiques de concurrence européenne vers une « approche plus économique » de l'Antitrust, conçue comme une approche similaire à celle mise en œuvre aux Etats-Unis est souvent conçue comme un outil de convergence des politiques de concurrences de part et d'autre de l'Atlantique, non seulement en matière d'outils utilisés par les autorités pour interpréter les faits mais aussi de pratiques décisionnelles elles-mêmes⁶⁰. En d'autres termes, l'utilisation de l'analyse économique – dans sa variante due à l'Ecole de Chicago – constitue un puissant facteur d'unification du droit de la concurrence. Le recours à l'analyse économique dans le droit de la concurrence permettrait à la fois d'unifier et « d'objectiver » l'interprétation des faits mais aussi à fournir à l'autorité compétente un ensemble de règles normatives permettant de prendre une décision allant dans le sens de la maximisation du bien-être.

Une telle convergence au travers de l'unification des règles d'évaluation économique des pratiques serait source de sécurité juridique pour les firmes à la fois en éliminant le risque de décisions divergentes entre les différentes autorités de concurrence et en prévenant – au moins en partie – le risque de faux positif. La logique d'une convergence vers les tests utilisés aux Etats-Unis a été particulièrement prégnante dans le cas de la prédation. Dans l'affaire Wanadoo Interactive, l'Avocat Général Mazàk avait par exemple proposé d'adopter la règle de décision en vigueur aux Etats-Unis depuis l'arrêt Brooke de la Cour Suprême de 1993, selon lequel la prédation ne pouvait être retenue que si et seulement si le prédateur présumé dispose de sérieuses chances de récupérer ses investissements en seconde période⁶¹.

Les orientations de la Commission relatives aux abus d'éviction témoignent d'une telle tendance à la convergence⁶². Elle est aussi perceptible au travers d'une volonté de prendre en considération de façon croissante le bien être du consommateur comme critérium de mise en œuvre de la politique de concurrence au détriment de tout autre objectif⁶³.

⁶⁰ Gerber D., (2010), *Global Competition, Law, Markets and Globalization*, Oxford University Press, 350p.

⁶¹ Marty F., (2010), « L'Autorité de la Concurrence réaffirme sa position en matière d'utilisation du critère de récupération des coûts dans les stratégies de prix prédateurs », *Concurrences*, chronique Pratiques Unilatérales, n°1-2010, février, pp. 102-105.

⁶² Commission européenne, (2009), « Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du Traité Ce aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes », *Communication de la Commission*, 2009/C45/02, JOUE, C45/7-20, 24 février

⁶³ La Commission avait posé, dans son document de consultation relatif aux pratiques d'exclusion mises en œuvre par les opérateurs dominants que l'objectif de l'article 102 tenait à la maximisation du bien-être du consommateur.

European Commission, (2005), « DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses », Brussels, December.

Cependant, une convergence des cadres théoriques et des tests économiques utilisés de part et d'autre de l'Atlantique ne saurait garantir à elle seule celle des pratiques décisionnelles⁶⁴. La décision du « juge » de la concurrence ne procède pas d'un syllogisme pur. Elle n'est point réductible à l'application mécaniste – ou algorithmique – de règles à partir d'un formalisme juridique voire économique⁶⁵. La décision va toujours participer d'une logique d'interprétation des textes. Elle va dépendre de l'expérience du décideur (sur les conséquences de sa décision sur le comportement du « méchant homme » pour reprendre l'expression de Holmes), sur sa perception des nécessités perçues du temps mais aussi de la pratique décisionnelle passée de l'autorité et de paramètres institutionnels et procéduraux⁶⁶. Elle va également être liée à la pratique décisionnelle passée de l'autorité à la fois pour sécuriser les anticipations des parties quant à l'évaluation de leurs pratiques et pour garantir son acceptation collective⁶⁷.

Une difficulté additionnelle est à relever. Les résultats de l'Ecole de Chicago ne sauraient être considérés comme représentatifs des dernières avancées de la science économique quant à la mise en œuvre des politiques de concurrence⁶⁸. Les résultats de l'économie industrielle ont conduit à l'émergence d'une *synthèse post-Chicago* dont les conclusions ne conduisent pas à un pareil optimisme quant aux capacités auto-régulatrices des marchés et à la bénignité de certaines stratégies mises en œuvre par les opérateurs dominants. En outre, cette *synthèse* recouvre en fait un ensemble de modèles de théorie des jeux permettant de montrer que selon les circonstances de marché des pratiques peuvent s'avérer dommageables pour la concurrence. Ce faisant, il ne saurait s'agir d'une théorie générale cohérente. De plus, la

⁶⁴ Deschamps M. et Marty F., (2008), « Les politiques de la concurrence sont-elles réductibles à de la théorie économique appliquée ? Réflexions autour de l'affaire Microsoft », *Cahiers de Méthodologie Juridique – Droit Prospectif / Revue de la Recherche Juridique*, n° 22, pp. 2571-2593.

⁶⁵ Deschamps M. et Marty F., (2008), « L'analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit ? », *Cahiers de Méthodologie Juridique – Droit Prospectif / Revue de la Recherche Juridique*, n° 22, pp. 2541-2569.

⁶⁶ A ce titre, l'interprétation très restrictive par la Cour Suprême américaine des cas dans lesquels une violation de la Section 2 du Sherman Act peut être en grande partie expliquée par le poids des actions de suite engagées sur la base de demandes en dommages et intérêts. Les risques financiers encourus par les entreprises sanctionnées au titre de l'Antitrust accroîtraient d'autant le coût collectif des erreurs de type I (i.e. les faux positifs). Ce faisant, on observerait aux Etats-Unis, un effet d'éviction du *private enforcement* sur le *public enforcement*. Celui-ci procèderait donc de facteurs institutionnels (*l'Antitrust private enforcement* ouvert par le Clayton Act de 1914) mais aussi procéduraux (règle des triples dommages, actions de groupe, règles d'*open discovery*, formules de rémunération des avocats,...).

Kovacic W.E., (2010), *op. cit.*

⁶⁷ Zywicki G. and Sanders A., (2007), "Posner, Hayek and the Economic Analysis of Law", *George Mason University Law and Economics Research Paper Series*, n°07-05, 49p.

⁶⁸ « [...] in any case, the Chicago claim that industrial economics provide a unambiguous manual to the 'right' competition policy cannot be sustained – even if competition economics is reduced to theoretical industrial economics».

Budzinski O., (2003), *op. cit.*

principale conclusion opérationnelle des modèles tient à la nécessité de procéder à des évaluations au cas par cas. Quant à l'enseignement théorique majeur de l'approche, il a été établi par F. Fisher en 1991 sous le nom de *Second Principe Organisateur* : « the principal result of theory is to show that nearly anything can happen⁶⁹ ». En d'autres termes, si une approche plus économique pourrait théoriquement permettre une réduction du risque de *faux positif* vis-à-vis d'une analyse reposant sur un formalisme juridique, il n'en demeure pas moins qu'elle ne saurait garantir et pour cause une plus forte sécurité juridique en termes de prévisibilité des décisions.

Toujours est-il que la publication en décembre 2005 d'un document de consultation de la Commission européenne sur les pratiques d'éviction semblait marquer un basculement vers une approche plus économique en matière d'application de l'article 102 du TFUE, à l'instar de la tendance observée depuis le début des années deux mille dans d'autres domaines des politiques de concurrence européennes⁷⁰. La publication en février 2009 des orientations de la Commission sur le sujet, fruit d'un difficile compromis, ne permet cependant pas de pleinement anticiper une telle évolution⁷¹.

En effet, la Commission considère toujours que la hausse des prix n'est pas la seule voie par laquelle une entreprise dominante peut porter préjudice au consommateur (notion de capacité à élever ses prix de façon significative et non transitoire sans compter sur une attitude coopérative des concurrents). La limitation de la qualité des produits ou celle des choix des consommateurs peut également être constitutive d'un tel préjudice (§19). Si cette seconde notion recouvre effectivement une pratique abusive, il n'en demeure pas moins qu'elle peut donner lieu à des interprétations insuffisamment rigoureuses du dommage causé aux consommateurs.

De la même façon, la question de l'effectivité d'une éventuelle éviction anticoncurrentielle peut illustrer l'une des constantes de la pratique décisionnelle de la Commission susceptible de contrecarrer les efforts vers une approche plus économique. Dans une allocution de septembre 2008, N. Kroes, alors commissaire européenne à la concurrence avait souligné que la DG Concurrence ne devait pas attendre que l'éviction ne devienne effective pour intervenir⁷². Dans un pareil cas le dommage à la concurrence pourrait s'avérer irréversible⁷³. Elle soulignait de la même façon, que le but de la stratégie de l'opérateur dominant peut ne pas résider en l'éviction effective du concurrent mais peut être plus

⁶⁹ Fisher F., (1991), "Organizing Industrial Organization: Reflections of the Handbook of Industrial Organization", *Brookings Paper on Economic Activity*, vol. 1991 (1), pp. 201-225.

⁷⁰ Cartledge H., (2005), "The European Commission's Discussion Paper on Article 82", *Competition Law Journal*, vol.4, n°4, pp.253-262.

⁷¹ Petit N., (2009), "From Formalism to Effects? The Commission's Communication on Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC", *World Competition*, vol.32, n°4, pp.485-503.

⁷² Kroes N., (2008), "Exclusionary Abuses of Dominance – The European Commission's Enforcement Priorities", *Fordham University Law Symposium*, SPEECH / 08/457, New York, 25th September.

⁷³ "you cannot resuscitate a corpse"

Kroes N., (2008), *Ibid.*

stratégiquement en son irrémédiable affaiblissement de façon à écarter toute velléité de sa part à s'engager plus tard dans des stratégies commerciales agressives. Si de telles réserves sont pleinement justifiées, dès lors que l'on ne fait pas sienne la croyance en un caractère autorégulateur des marchés, il n'en demeure pas moins qu'elles peuvent conduire à sanctionner un opérateur dominant non sur la base de l'impact de ses pratiques sur le bien-être du consommateur, voire sur celles de leurs conséquences effectives sur les concurrents, mais sur celle de l'objet de ces dernières.

A ces limitations tenant à l'énoncé général de la politique de concurrence, il convient d'ajouter celles relatives à la pratique décisionnelle elle-même. Par exemple, les contre-arguments présentés par les entreprises dominantes font l'objet de rejets parfois rapides, comme le montre la décision Wanadoo Interactives (COMP /38.233 du 16 juillet 2003). Dans le cas d'espèce, la Commission a considéré qu'une stratégie d'éviction pouvait être caractérisée même si ses parts de marché étaient en déclin dans la mesure où celles-ci auraient pu s'inscrire en plus net repli le cas échéant. De la même façon dans Telefonica (COMP /38.784 du 4 juillet 2007), une présomption fondée sur des critères structureaux pouvait encore être mise en évidence⁷⁴.

De telles constantes peuvent conduire à penser que l'application des orientations de février 2009 pourrait ne pas conduire à une nette inflexion de l'approche de la Commission vers une analyse fondée sur les effets économiques des pratiques. En effet, la convergence ne saurait être tenue pour acquise du fait à nouveau de la jurisprudence de la Cour de Justice.

Quelles que soient les impulsions apportées par la Commission au travers de ses communications quant à la réorientation de ses analyses des pratiques anticoncurrentielles vers des analyses fondées sur les effets concrets des pratiques⁷⁵, ces dernières ne sauraient engager la Cour de Justice. En l'espèce, les orientations de la Commission ne visent qu'à rendre plus prévisibles ses analyses et à définir ses priorités en matière de mise en œuvre de l'article 102. La Commission ne saurait juridiquement définir le droit applicable et sa communication "*est sans préjudice de l'interprétation de l'article [102] par la Cour de Justice ou le Tribunal [...]*" (§ 3). Or, ces derniers, pour reprendre les termes d'Ahlborn et Evans, ont souvent, par leurs arrêts, ajouté une nette coloration ordo-libérale à la politique européenne de la concurrence⁷⁶.

En d'autres termes, l'évolution de l'approche de la Commission ne pourrait être suivie d'effets que si et seulement si la Cour de Justice rompt avec sa pratique décisionnelle. Or, celle-ci est fondée sur un

⁷⁴ Petit N., (2009), *op. cit.*

⁷⁵ Commission européenne, (2009), "Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du Traité Ce aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes", *Communication de la Commission*, 2009/C45/02, JOUE, C45/7-20, 24 février.

⁷⁶ Ahlborn C. and Evans D., (2009), "The Microsoft judgment and its implications for competition policy towards dominant firms in Europe", *Antitrust Law Journal*, volume 75, p. 887-932.

ensemble de précédents, certains très anciens⁷⁷. Comme nous l'avons vu, ceux-ci conduisent par exemple à considérer que des pratiques mises en œuvre par un opérateur dominant susceptibles de conduire à l'éviction de concurrents doivent être sanctionnées quand bien même celles-ci pourraient ne pas être considérées comme anticoncurrentielles si elles étaient le fait d'opérateurs dépourvus de pouvoir de marché.

Or, même dans le cadre de la décision Intel du 13 mai 2009 (pour laquelle il est vrai la communication de février 2009 ne s'appliquait pas), la Commission a souligné que dans le cadre de la jurisprudence de la Cour de Justice, l'évaluation de l'effet réel des pratiques incriminées sur les firmes concurrentes ne s'imposait pas pour qualifier la stratégie comme abusive et ce du seul fait de sa dominance sur le marché⁷⁸. Cette position témoigne de l'influence persistante d'arrêts anciens, tels l'arrêt Hoffmann La Roche, selon lesquels l'effet sur la concurrence n'a pas à être évalué dans la mesure où il est présumé à partir de l'entrave à la concurrence induite par l'existence même de la dominance.

De la même façon, plusieurs arrêts récents du Tribunal et de la Cour de Justice semblent confirmer le maintien d'une approche conduisant à une interdiction *per se* de certaines pratiques aux opérateurs dominants. En d'autres termes, il est dans ces cas inutile de démontrer le dommage à la concurrence pour caractériser un abus. Il en a été par exemple ainsi dans l'arrêt Deutsche Telekom (Tribunal, T-271/03) et dans l'arrêt Wanadoo (Tribunal, T-340/03). Dans le premier, il est indiqué qu'une stratégie de ciseau tarifaire entrave par principe le développement des concurrents sur le marché aval. Dans le second, il est indiqué que la démonstration d'un objet anticoncurrentiel ou celle d'un effet anticoncurrentiel peuvent être équivalentes pour qualifier les pratiques d'un opérateur dominant. En d'autres termes, ce n'est pas parce que l'objectif de la pratique n'est pas réalisé que l'opérateur peut échapper à une sanction⁷⁹.

De la même façon, il apparaît qu'un opérateur dominant pourrait toujours être sanctionné s'il met en œuvre une stratégie ayant pour effet l'élimination d'un concurrent même si ce dernier n'est pas au final « aussi efficace que lui ». En effet, dans le cadre de la conception de la concurrence sous jacente à la pratique décisionnelle des autorités européennes, il apparaît que le consommateur peut avoir à gagner au maintien sur le marché de firmes concurrentes à l'opérateur dominant même si ces dernières s'avèrent moins efficaces que ce dernier. Tout d'abord, le maintien de ceux-ci préserve la liberté de

⁷⁷ Rappelons soit dit au demeurant que la Cour n'est pas tenue par ses propres précédents, offrant ainsi un certain degré de flexibilité pour d'éventuelles évolutions de sa pratique décisionnelle.

⁷⁸ "For the purposes of establishing an infringement of Article 82 EC, it is not necessary that the abuse in question had a concrete effect on the markets concerned".

⁷⁹ Notons qu'à l'inverse, l'Ecole de Chicago refuse de considérer les intentions comme preuve d'un comportement anticoncurrentiel.

Sur ce point se reporter à

Ferey S., (2008), *Une histoire de l'analyse économique du droit – calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruylant, Bruxelles, 317p.

choix des consommateurs. Ensuite, ils font peser une menace – au moins potentielle – sur l’opérateur dominant. Ainsi, la pratique décisionnelle conduit-elle rapidement à passer d’une notion d’opérateur aussi efficace à celle d’un opérateur potentiellement efficace⁸⁰.

Pour D. Gérardin et N. Petit, la Cour de Justice, qui fut à l’origine, dans les années soixante, de l’extension et de la transformation du périmètre de l’article 102, constitue donc le principal frein à l’adoption d’une approche plus économique, en d’autres termes de critères fondés sur la maximisation du surplus du consommateur⁸¹. Sa jurisprudence est significativement défavorable aux entreprises dominantes notamment en matière d’abus d’éviction. En outre, comme le relèvent D. Gérardin et N. Petit, l’analyse de sa pratique décisionnelle montre qu’elle n’a jamais mis en cause la marge discrétionnaire de la Commission en matière de qualification des pratiques de marché et n’a jamais totalement annulé une décision rendue sur la base de l’article 102 (à la différence de l’article 101 et du règlement relatif au contrôle des concentrations)⁸². Ce faisant, l’ensemble des décisions de la Commission en matière d’application de l’article 102 qui reposait sur des raisonnements économiques contestable a-t-il pu faire l’objet d’une évaluation la plus clémente par la Cour. *A contrario*, l’adoption de critères plus économiques par la Commission pourrait être contrecarrée par le contrôle juridictionnel exercé par cette dernière. L’exemple des rabais de fidélité peut à nouveau servir de référence. Dans sa communication de février 2009, la Commission insiste sur la nécessaire évaluation des coûts de l’opérateur dominant et n’exclut pas la possibilité d’une défense sur la base de l’efficacité. Cependant, dans l’arrêt Tomra (affaire T-155/06, 9 septembre 2010), la Cour a repris une analyse purement formaliste de l’abus d’éviction fondée sur sa pratique décisionnelle passée (Michelin II, Hoffmann-La Roche, etc...).

Ainsi, pour D. Gérardin et N. Petit, le maintien de cette approche fondée sur des critères formalistes s’avère préjudiciable en termes de bien-être dans la mesure où elle conduit à interdire des pratiques potentiellement porteuses d’efficacité sans qu’il n’en soit fait de réelles évaluations économiques. Le résultat souhaité de la concurrence (la maximisation du bien-être) serait sacrifié à la préservation de sa structure même, conçue comme une situation de rivalité effective entre firmes.

⁸⁰ « dans certaines circonstances, un concurrent moins efficace peut également exercer une contrainte qui doit être prise en considération lorsqu’il s’agit de déterminer si un comportement déterminé en matière de prix entraîne une éviction anticoncurrentielle. Elle examinera cette contrainte d’une manière dynamique étant donné qu’en l’absence d’une pratique abusive, ce concurrent peut bénéficier d’avantages liés à la demande, tels que des effets de réseau et d’apprentissage qui tendront à renforcer son efficacité ».

Commission européenne, (2009), *op. cit.*, § 24.

⁸¹ Gérardin D. et Petit N., (2010), *op. cit.*

⁸² Gérardin D. et Petit N., (2010), *op. cit.*

En guise de conclusion, nous pouvons revenir à l'impact de ces transformations (ou de ces tentatives) sur la conception de la concurrence sous-jacente aux politiques européennes. Si l'on considère que la conception ordo-libérale de la concurrence entretient des liens non seulement historiques mais aussi logiques avec le modèle d'économie sociale de marché, il convient de s'interroger sur le possible impact d'une substitution à cette conception d'une logique issue de l'approche de Chicago.

La logique ordo-libérale suppose un modèle d'accès de tous au marché, une adhésion de toute la société à ce dernier et donc un certain consensus en matière d'acceptabilité de son résultat. La politique de concurrence s'insère dans une politique de société. Comme l'écrit D. Gerber, la spécificité du programme ordo-libéral réside non seulement dans l'accent mis sur la protection du processus de marché en lui-même et non sur son résultat mais aussi dans une conception de la concurrence qui voit en elle non pas seulement un outil de création de richesse mais un outil d'intégration sociale⁸³. Une même insertion des objectifs de la politique de la concurrence dans des objectifs plus larges de politique publique se retrouvait dans le cadre de l'approche structuraliste américaine⁸⁴. Le concept de *workable competition*⁸⁵ s'insérait dans des finalités de politique publique qui comprenaient à la fois des dimensions économiques et non économiques (raisonnabilité de la répartition des revenus, objectifs de défense des petites entreprises, relative redistribution de la richesse dans l'économie,...) et non pas seulement la maximisation du bien-être.

A l'inverse, une conception de la politique de la concurrence fondée sur l'approche de l'École de Chicago ne peut porter des objectifs aussi larges. La finalité unique de la politique de la concurrence tient à la maximisation du bien-être du consommateur. Elle n'a pas à faire sien un quelconque objectif de redistribution. Conformément à la théorie des prix sous-jacente à l'approche de Chicago, la concurrence permet de maximiser le surplus global, en d'autres termes la somme des surplus des consommateurs et producteurs. Il convient donc, dans ce cadre, de valider toute pratique ayant pour effet d'induire une variation positive du produit net. Considérer l'effet net sur le bien-être peut cependant cacher des transferts de surplus entre consommateurs et producteurs⁸⁶. Une pratique qui peut conduire à réduire le bien-être des consommateurs peut être validée tant qu'elle crée un gain net au point de vue collectif. En d'autres termes, une approche économique de la politique de la concurrence conduit à assigner à celle-ci une finalité exclusive de maximisation du bien-être global. Elle ne peut porter d'objectifs redistributifs. Comme le notait R. Bork, « Antitrust [...] has nothing to

⁸³ “[...] the market’s role as an integrative factor in the community rather than as merely a creator of aggregate wealth”.

Gerber D., (1994), *op. cit.*

⁸⁴ Budzinski O., (2003), *op. cit.*

⁸⁵ Clark J.M., (1940), “Toward a Concept of Workable Competition”, *American Economic Review*, vol.30, pp. 241-256.

⁸⁶ Ce faisant, la question du choix du critère utilisé entre surplus du consommateur et surplus du producteur a quelques conséquences...

say about the ways prosperity is distributed or used. Those are matters for other laws. Consumer welfare as the term is used in antitrust has no sumptuary or ethical component. [...] It can only increase collective wealth by requiring that any lawful products [...] be produced and sold under conditions most favourable to consumers⁸⁷ ».

Nous sommes dès lors très éloignés de la logique de l'économie sociale de marché mais peut être guère des projets des rédacteurs de l'article 102. Ces derniers considéraient que l'objet principal de la sanction des abus de position dominante résidait en la promotion de l'efficience productive. L'article 102 a revêtu la dimension que nous lui connaissons au travers de la pratique décisionnelle des autorités européennes et notamment de la Cour de Justice. Il n'est donc pas étonnant que la clé vers une éventuelle convergence vers une approche où il ne s'agirait plus que de maximiser le bien-être du consommateur se trouve à Luxembourg et ne peut passer que par une évolution de la jurisprudence⁸⁸ ...

Reste néanmoins à savoir si la valeur de la maximisation du bien-être du consommateur peut se substituer dans le projet européen à celle d'une intégration économique que et *in fine* politique au travers de l'édification d'une politique de cadre devant garantir les libertés individuelles, la prospérité et une certaine équité. En d'autres termes, la légitimation d'une structure étatique (même supranationale), qui peut apparaître possible au travers de la mise en œuvre d'une politique d'inspiration ordo-libérale (plus précisément dans sa variante de l'économie sociale de marché), peut être elle assurée par la seule recherche de l'efficacité économique ? Autrement dit, la maximisation du bien-être économique peut elle suffire à porter un projet européen comme put le faire la politique mise en place dans les années soixante où la construction du marché intérieur constituait le seul levier d'action disponible pour les promoteurs de l'intégration européenne ?

Non seulement les tenants de l'économie sociale de marché assignaient à la politique de la concurrence des objectifs dépassant la seule efficacité économique mais ne concevaient pas celle-ci isolément des autres politiques publiques. Ces derniers considéraient en fait que malgré son caractère indispensable à la garantie des libertés et à la prospérité économique, le marché était plus un principe dissolvant qu'unifiant. Dans le cadre du colloque *Walter Lippmann* qui avait rassemblé à la veille de la Seconde Guerre Mondiale à Paris à l'initiative du philosophe Louis Rougié, économistes libéraux, ordo-libéraux et de tradition autrichienne, Rüstow avait déjà relevé que si une économie fondée sur les règles de marché était indispensable, il n'en demeurait pas moins incontournable de mettre en œuvre une politique d'*intégration sociale*. Le sens de cette *Vitalpolitik*, selon Röpke, est d'accompagner la politique d'extension de la régulation concurrentielle par une politique publique de nature à établir un

⁸⁷ Bork R.H., (1993), *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*, Free Press, New York.

⁸⁸ Gérardin D., (2009), *op. cit.*

cadre politique et moral permettant de garantir aux agents économiques un Etat se maintenant au-dessus des différents intérêts économiques et la préservation des liens de solidarité⁸⁹.

A ce titre, M. Foucault était pleinement fondé à souligner la profonde divergence entre le néo-libéralisme allemand (l'ordo-libéralisme) et le néo-libéralisme américain (l'Ecole de Chicago). En effet, le second considère que l'ensemble des phénomènes sociaux, même ceux qui échappent au marché, peuvent être régis de façon exclusive par un principe de maximisation du bien-être ou de la richesse. Ce faisant, la politique de concurrence ne perd rien dans cet esprit à limiter son ambition à la seule maximisation du bien-être. Le premier, à l'inverse, est peut être plus apte à porter des objectifs d'intégration européenne et de légitimation d'une nouvelle forme de souveraineté ne pouvant s'exprimer que par la liberté économique...

⁸⁹ Röpke W., (1939), *La crise de notre temps*, cité par Foucault M., (2004)), *op. cit.*