

Laboratoire de sociologie juridique
Université Panthéon-Assas (Paris II)

Les pouvoirs normatifs en jeu dans le droit de la concurrence

Laboratoire de sociologie juridique
Université Panthéon-Assas (Paris II)
CNRS-URA
83bis, rue Notre-Dame-des-Champs
75006 PARIS
44.41.59.32

**LES POUVOIRS NORMATIFS
EN JEU
DANS LE DROIT DE LA CONCURRENCE**

Marie-Anne FRISON-ROCHE

RAPPORT REMIS A LA CHANCELLERIE

Juillet 1994



Table des matières

Table des matières	p.2
Rapport général	
Résumé du rapport général.....	p.5
Introduction.....	p.7
<u>I. La revendication des compétences affirmées comme naturelles par des pouvoirs normatifs concurrents</u>	p.19
A. L'affirmation d'une spécificité de la matière justifiant l'existence des organes	p.19
1. L'hésitation entre le droit et l'économie.....	p.20
2. La lutte entre le droit privé et le droit public...	p.32
3. L'incertitude quant au droit pénal	p.37
4. L'offensive à l'égard du droit commun.....	p.42
B. L'affirmation d'une spécificité de la mission justifiant les pouvoirs des organes	p.46
1. La persistance implicite d'une mission d'intervention économique	p.47
2. L'affirmation centrale d'une mission de surveillance du marché	p.49
3. L'affirmation corrélatrice d'une mission de restauration du marché	p.51
4. L'affirmation résiduelle d'une mission déontologique, indépendamment du marché..	p.52
<u>II. La mise en place de compétences reconnues comme complémentaires entre des pouvoirs normatifs ajustés</u>	p.55
A. L'ajustement spontané de pouvoirs normatifs non hiérarchisés	p.56
1. La reconnaissance de la spécificité des autres organes	p.56
2. La mise en place d'une autorité positive et interactive	p.60

B. L'enjeu d'une logique discursive	p.63
1. Le champ de la formation	p.63
2. Le temps de la formation	p.65
C.L'exigence d'une doctrine cohérente en droit de la concurrence	p.68
1. Origine de la doctrine du droit de la concurrence	p.68.
2. Exigence d'une extériorisation des principes fondateurs pour que le droit ne dégénère pas en réglementation	p.70

**Annexe I.
Composition de l'équipe de recherche**

**Annexe II.
Synthèses sectorielles**

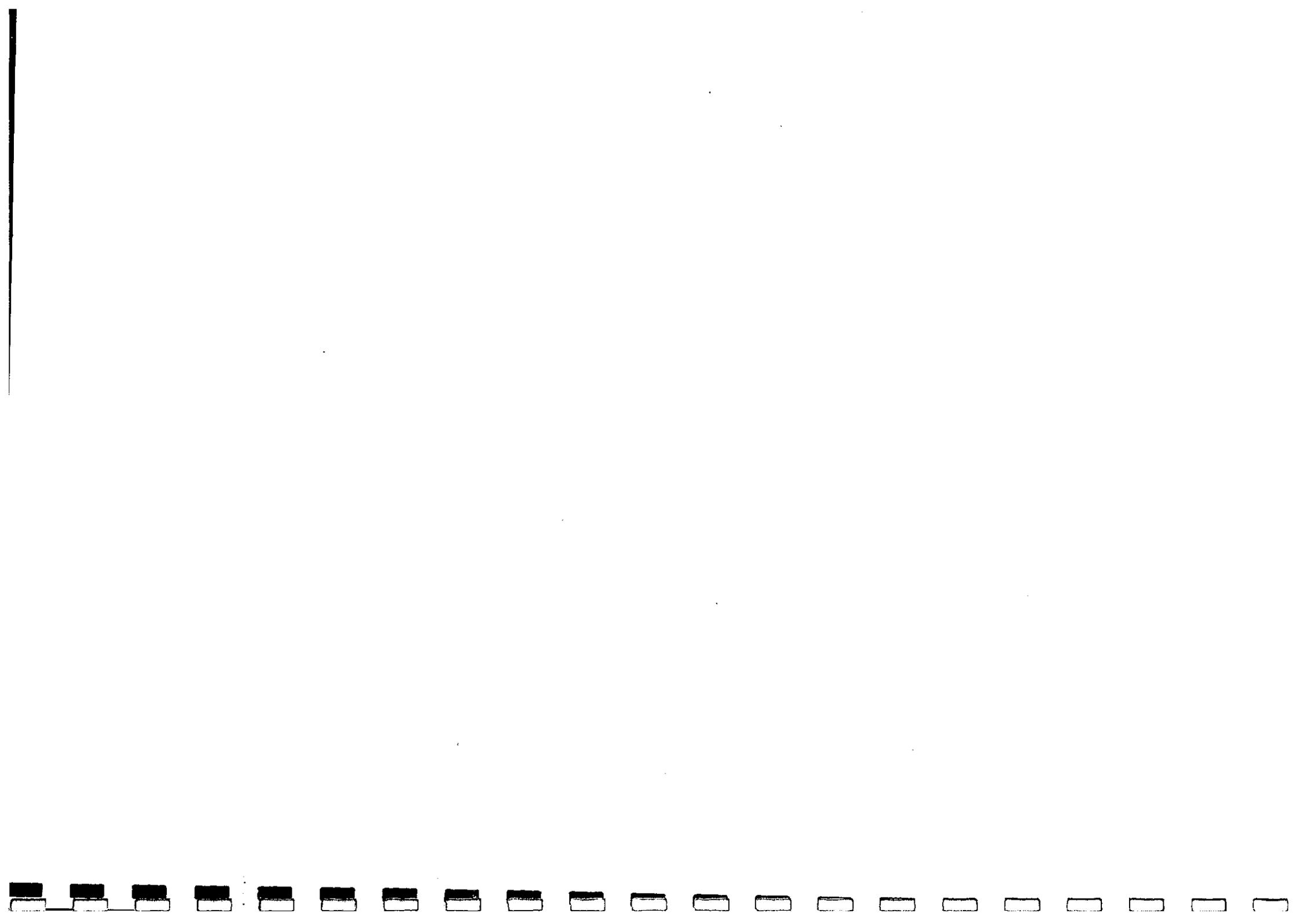
**Annexe III.
Grille d'entretien arrêtée par l'équipe de recherche.**

**Annexe IV.
Entretiens**

- Monsieur le Directeur Christian Babusiaux
- Maître Michel Bazex
- Pierre Bézard
- Jacques Biancarelli
- Guy Canivet
- Olivier Douvreur
- M. Dubois
- Pierre Draï

- Robert Saint-Esteben
- Bernard Geneste
- Maurice Guerrin
- Frédéric Jenny
- Jean Léonnet
- Monique Manthey
- Philippe Rincazaux

Annexe V : Bibliographie sélective



LABORATOIRE DE SOCIOLOGIE JURIDIQUE
UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS (PARIS II) - C.N.R.S.

83 bis, rue Notre Dame des Champs
75006 PARIS
Tél. 44.41.59.31 ; 44.41.59.32 ; 40.46.81.64
fax 40.51.01.14

MEMBRES DE L'ÉQUIPE

Dany Cohen
Professeur, Paris XIII

Marie-Anne Frison-Roche
Professeur, Paris IX

Louis Vogel
Professeur, Paris II

François Bardonnet
Murielle Brouillet
Laurence Dousset
Emmanuel Galistin
Léna Ganagé
Sophie Mutard
Marie Naudet
Laurent Schwart
Jean-Pierre Weiss
étudiants



Résumé du rapport général

Le système juridique est constitué sur un double modèle hiérarchique : la hiérarchie des normes et la hiérarchie des organes ayant compétence à dire le droit. Or, ce modèle semble aujourd'hui en faillite, ce qui entraîne des dysfonctionnements graves au sein du système juridique, difficulté affectant le principe d'Etat de droit dans sa réalisation concrète et la vie quotidienne des sujets de droit, personnes physiques ou entreprises. Il est donc urgent de chercher si une nouvelle organisation du système n'a pas vocation à se mettre en place, dans une nouvelle rationalité juridique.

Or, le droit de la concurrence peut de fait représenter ce modèle, dans la mesure où de nombreux organes, administration, juge, doctrine, entité européenne, etc., ont vocation à établir des règles, individuelles ou générales, sans qu'il existe à première vue de hiérarchie entre eux. Pourtant, ces organes s'agencent spontanément les uns par rapport aux autres. Ainsi les rapports entre les organes internes et les organes communautaires ne sont pas de type hiérarchique mais s'organisent autour d'une volonté de collaboration, appuyée sur un constat de complémentarité.

Ils le font sur un mode doctrinal, dans la mesure où la règle émise par l'organe sera connue et respectée parce que son "inventeur" a l'autorité suffisante pour que les autres entités en perspectives desquelles il se place le reconnaissent. Ce mécanisme très proche de l'autorité universitaire est d'autant plus remarquable à observer que la doctrine classique n'a pas forte prise sur la matière tandis que l'administration y développe une influence considérable. Le mécanisme fonctionne d'une façon satisfaisante, dans la mesure notamment où les règles émises de tous côtés sont généralement cohérentes les unes par rapport aux autres et où leur connaissance est facilitée par une circulation intense de l'information, à travers des réunions de type scientifique.

En cela, le droit de la concurrence constitue une sorte de "laboratoire" d'une nouvelle rationalité juridique et d'une effectivité retrouvée des règles.

Mais cela ne va tout de même pas sans inconvénient. C'est ainsi qu'on relève des luttes d'influence, inhérentes à tout système d'autorité. Elles sont perceptibles dans des questions techniques propres au droit de la concurrence, telles que la prévalence du droit ou de l'économie, l'opposition entre le droit privé et le droit public, la présence discutée de la perspective répressive, ou la position de ce droit particulier à l'égard du droit commun.

Plus grave, la mission que doivent servir ces différents varie dans sa présentation, selon la place qu'occupe l'organe considéré. C'est ainsi que persiste l'idée d'une mission d'intervention économique, même s'il s'agit surtout d'affirmer une mission de surveillance du marché, voire de restauration du marché. En outre, est en train de naître l'affirmation d'une mission déontologique, indépendamment du marché.

Il faut donc que la Chancellerie contribue à conceptualiser et à mettre en pratique ce nouveau modèle que le droit de la concurrence adopte à la façon d'un précurseur, en accentuant les avantages et en évitant ses inconvénients.

Il apparaît alors que cette harmonie entre les organes existe d'une façon première par des rapprochements entre les matières mises en œuvre au sein du droit de la concurrence et

① surtout : droit écrit et droit de "précédents" 5

des contacts entre les personnes qui les appliquent concrètement. Pour la favoriser et éviter des effets pervers, il convient que les différentes notions et méthodologies deviennent familières (ainsi le droit pénal pour l'économiste, la théorie économique pour le juge, le droit commercial pour le publiciste, la théorie du service public pour le privatiste, etc.). En outre, il faut que les personnalités (car le droit de la concurrence repose sur des hommes plus encore que sur des organes) apprennent à se connaître avant d'avoir à travailler effectivement ensemble.

C'est pourquoi le présent rapport conclut à la nécessité de mettre en place une école d'application, selon les principes résumés ci-dessus et développés dans le corps du présent document, école que la Chancellerie pourrait organiser en lien avec l'Université.

1. Le Laboratoire de sociologie juridique de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) a été chargé par le Ministère de la Justice de mener une enquête sociologique sur la question des pouvoirs normatifs en jeu dans le droit de la concurrence. Le Laboratoire a développé ses récentes recherches autour d'une problématique générale, concernant les points de contact, de rencontre, d'opposition, de domination etc., existant entre le monde économique, dans sa dimension financière notamment, et le monde juridique, plus particulièrement judiciaire. Cette question est cruciale à un moment où l'économique semble se reconstruire sur le juridique sans que le juridique puisse satisfaire des exigences inhérentes à l'économique, telle que la rapidité alliée à la sécurité par exemple. Jusqu'ici, cette problématique a été étudiée par le Laboratoire dans le cadre du droit des défaillances d'entreprises, pour mesurer, dans des recherches successives¹ si les organes mis en place sont affectés par les visées économiques des textes en vigueur et quelles déformations subit ce rapport. Ainsi les pouvoirs normatifs dépendent essentiellement du mouvement dialectique entre le statut qu'on leur attribue et le rôle qu'ils s'arrogent. La distance est d'autant plus grande que les organes se sont pas organisés les uns par rapport aux autres en hiérarchie, l'orthodoxie de l'exercice du pouvoir ne pouvant alors aisément s'exprimer. C'est précisément ce cas de figure que l'équipe de recherche du Laboratoire de sociologie juridique² a étudié à travers le droit de la concurrence.

2. L'intitulé même de la recherche mérite effectivement explications et justifications. En effet, il ne s'agit pas tant de mener une recherche sur les règles substantielles ou procédurales du droit de la concurrence, mais de retenir cette matière-là en raison du fait qu'elle donne lieu à une situation nouvelle d'agencement des pouvoirs normatifs les uns par rapport aux autres,

¹ *Le rôle et le statut des professionnels dans les procédures collectives (lois du premier mars 1984 et du 25 janvier 1985), 1991 (Chancellerie), Rôle et statut des professionnels dans les procédures collectives de différents pays d'Europe (Allemagne, Angleterre, Belgique, Espagne, France, Italie), 1992 (Chancellerie), Les critères de choix du repreneur, 1992 (Chancellerie), Le sort des plans de redressement (études des plans de continuation), 1993 (Observatoire des défaillances d'entreprises).*

² V. *infra*, annexe I, la liste des chercheurs.

dès l'instant qu'ils ont vocation à émettre des discours créateurs de droit sur un même objet, sans que d'éventuelles antinomies puissent être résolues sur un mode hiérarchique.

① 3. Le terme de jeu, qu'il ne s'agit pas de prendre ici à travers les théories économiques nouvelles qui s'y réfèrent³ mais d'une façon plus usuelle, est lui-même significatif de par son ambiguïté : il y a ainsi du "jeu" en ce qu'il y a des zones de contradiction, d'opposition, du jeu entre les différentes pièces de l'architecture, qui affecte cette dernière d'incertitudes accrues et suscite des stratégies de pouvoir et de domination des organes les uns sur les autres. En cela, et par principe, cette situation nouvellement constituée par le droit de la concurrence serait critiquable. Mais il peut s'agir aussi d'un "jeu", au sens plus précis de la théorie des jeux⁴, par lequel les différents organes se connaissent, se jaugent, s'évaluent, anticipent rationnellement les comportements respectifs et se mettent spontanément en corrélation. Il peut en découler une harmonie juridique et une efficacité technique qu'un modèle hiérarchique où l'obéissance dispense de la connaissance, voire l'exclut, ne peut si bien remplir. En cela, et par principe, cette situation nouvellement constituée par le droit de la concurrence serait louable.

Le jugement qu'il convient ici de porter, en observant au mieux la réalité des choses, est donc crucial.

4. La spécificité du droit de la concurrence permet ainsi de jouer un rôle privilégié de révélateur. En effet, et en premier lieu, il s'agit d'une matière façonnée par une quantité importante de normes émanant d'organes qui ont tous compétence formelle pour le faire. On observe ainsi qu'à côté de textes que l'on peut considérer comme fondateurs, à savoir quelques dispositions du Traité de Rome et plus particulièrement les articles 85 et 86 et l'Ordonnance du premier décembre 1986 pour le droit interne, fourmillent de textes de toutes origines, notamment de sources administratives, et de toutes

³V., not. A. Orléan (dir.), *Analyse économique des conventions*, coll. "Economie", PUF, 1994 ; F. Souty, *Les sources théoriques de la pensée économique antitrust aux Etats-Unis : les enjeux nationaux et mondiaux de la politique de la concurrence*, Revue de la concurrence et de la consommation, 1994, n°79, p.32-41., spéc. p.40 s.

⁴M. van de Kerchove et F. Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, coll. "Les voies du droit", PUF, 1992. ; sous la direction de F. Ost et M. van de Kerchove, *Le jeu : un paradigme pour le droit*, coll. "Droit et société", L.G.D.J., 1993. D'une façon plus générale et selon la même problématique, v. J.-D. Reynaud, *Les règles du jeu. L'action collective et la régulation sociale*, 2ième éd., coll. "U, série Sociologie", A.Colin, 1993.

natures. En outre, l'affirmation d'un pouvoir prétorien en la matière ne fait pas sociologiquement de doute, et l'on observe que les jurisprudences interne et communautaire constituent des références normatives, en corrélation avec les textes qu'elles explicitent mais parfois indépendamment d'eux. Il est significatif que l'apprentissage du droit de la concurrence exige l'assimilation d'un certain nombre de "grands arrêts", marque d'un droit aux fondements prétoriens et que la doctrine présente sans émotion des jurisprudences *praeter legem* de la Cour de justice des Communautés Européennes⁵.

5. Mais cela n'est pas une marque exclusive du droit de la concurrence. On observe en effet d'une façon générale que le système juridique s'est modifié globalement dans ce sens. Ainsi, le temps n'est plus où la loi posait quelques principes généraux, clairs et simples qu'une jurisprudence peu nombreuse mettait en application. On a démontré l'acceptation par tous d'une jurisprudence créatrice de règles générales et abstraites, même en droit privé, même à travers le qualificatif d'autorité⁶. Plus encore, on observe la prégnance actuelle des sources administratives du droit, même en droit privé⁷, même à travers le qualificatif de doctrine administrative. Ainsi le droit n'est plus guère construit "à la française" mais relève d'une accumulation de normes hétérogènes, davantage sur un modèle anglo-saxon.

6. En revanche, et en second lieu, le droit de la concurrence présente une situation inédite, dont il convient de maîtriser la figure, en ce qui concerne non pas les normes mais les émetteurs de ces dernières.

En effet, d'une façon générale, le système juridique est construit sur un modèle hiérarchique. Cela est dû, sans qu'il soit question dans le présent rapport de développer cette perspective archéologique, à un phénomène historique et philosophique. Le système juridique français est également le reflet des présupposés politiques et sociologiques. Or, la société politique et économique française est construite sur un modèle hiérarchique. Ainsi, l'ensemble de tout groupement social hétérogène a besoin d'un chef. Ce sera le Président de la République, le chef d'entreprise, etc.. Son pouvoir est attaché formellement à sa place et sa parole est productrice de normes, de

⁵V., par ex., Cl. Duchemin, *Les mesures étatiques restrictives de concurrence*, Revue de la concurrence et de la consommation, 1994, n°79, p.16-31, spéc., p.21.

⁶J. Carbonnier, *Droit civil/Introduction*, 20ème éd. coll. Thémis, PUF, n°142 s., p.249 s.

⁷J.-M. Olivier, *Les sources administratives du droit privé*, thèse Paris II, 2 vol., 1981.

règles et de commandement, relève donc de la puissance performative, sans qu'il soit besoin d'un soutien argumentatif, d'une adhésion effective du destinataire au discours - acquise *a priori*, formellement et aveuglement - ou d'une appréciation de légitimité du contenu du discours.

7. La théorie générale du droit a contribué grandement à asseoir ce modèle hiérarchique dans le système juridique, à travers le succès extraordinaire de *La théorie pure du droit* de Hans Kelsen⁸. En effet, ce dernier a posé le droit comme une norme prise par le pouvoir, du seul fait de ce pouvoir, sans qu'il faille examiner le contenu de la règle ainsi posée. De plus, ce contenu étant toujours mêlé d'autres choses que de droit, de morale, de religion, de politique, le progrès du droit vient d'une appréhension purement formelle des normes ainsi émises. Cette abolition d'une confusion du droit avec ce qu'il n'est pas, justifie un formalisme de type procédural. En effet, une norme juridique sera valide si elle émane de l'autorité qui a reçu compétence pour l'édicter, et si elle est conforme à la norme qui lui est supérieure. Ce contrôle croisé, de nature horizontale au regard de l'émetteur, de nature verticale au regard des autres normes, constitue l'Etat de droit. Ainsi apparaît l'image célèbre de la pyramide⁹ construite sur la norme fondamentale a-juridique, hors du système mais fondatrice de celui-ci, la Constitution.

○ Sans qu'il soit besoin ici d'apprécier philosophiquement la pertinence d'une telle présentation, il suffit de noter qu'elle a façonné les esprits, a soutenu le développement de la justice constitutionnelle, et assis plus encore un modèle hiérarchisé du droit.

8. En effet, l'agencement des pouvoirs normatifs est fort simple, ce qui n'est pas un moindre mérite. L'on notera d'ailleurs qu'en symétrie il est courant de se plaindre de la difficulté à connaître et à maîtriser le droit de la concurrence, parce qu'il n'a pas cette structure simple qui le rend facilement appréhendable, parce qu'il est une excroissance monstrueuse du système juridique que le juriste de droit commun ne peut prétendre aborder sans se plonger dans un monde à part. . Cette déclaration permet de justifier le discours d'une nécessaire spécialisation de ceux qui le pratiquent, l'enseignent, en parlent.

⁸ trad. franç. de la 2ème éd. par Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962.

⁹ préc., p.299 s.

On doit certes faire la part de défense d'intérêts catégoriels dans un discours confortant aussi des citadelles, par des proclamations de spécificité et d'hermétisme constituant autant de "barrières à l'entrée" du droit de la concurrence, marché encore oligopolistique en France. Mais il ne faut pas, pour autant ravalier toute observation doctrinale à une tactique marchande et il demeure que le droit de la concurrence paraît peu accessible au juriste ordinaire, c'est-à-dire formé à la maîtrise des règles juridiques.

9. Toujours est-il que, dans un système hiérarchique, l'inférieur obéit au supérieur et toute transgression est sanctionnée par l'anéantissement de la norme inférieure contraire. Ainsi le décret est annulé, l'arrêt est cassé, etc. Cette hiérarchie est un mode procédural simple, général, prévisible et efficace, qui permet d'éviter les antinomies dans le système juridique. En effet, ne peuvent persister pour une situation juridique commune deux normes juridiques contraires : la détermination de la place hiérarchique des émetteurs permet de procéder à l'élimination de la norme hiérarchiquement inférieure. Nul besoin donc d'examiner la pertinence, la rationalité théorique et pratique, l'efficacité de la norme en tant que contenu; le système juridique, dans un mécanisme couramment qualifié d'autopoïétique¹⁰, assurerait lui-même le retour à la cohérence et à l'harmonie.

10. Tableau irénique. Déjà pris en défaut dans quelques matières juridiques, en droit et en fait. En fait tout d'abord, il est des réalités qui remettent en cause le système hiérarchique. C'est ainsi, et c'est d'évidence, que la cohérence hiérarchique ne fonctionne que si on la fait jouer! Il faut encore quelqu'un pour invoquer la violation d'une norme supérieure par une norme inférieure pour que l'élimination de l'antinomie puisse se faire par la mise à l'écart de la norme indisciplinée. Ce lien d'effectivité entre plénitude du système et réalisation concrète du droit par le biais de la protestation des justiciables a justifié que l'on ait pu présenter le droit d'action en justice comme un devoir, et non seulement un pouvoir, dans ce que Jhering appelait "la lutte pour le droit".

11. Certes, il existe un taux d'ineffectivité permanente et irréductible du droit. Par exemple, il est souvent observé que "circulent" des lois

¹⁰G. Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, coll. "Les voies du droit", PUF, 1993.

① Manifestation spécifique du caractère "pathologique" de fait du droit procédural - il n'y a pas perception "saisit le J. de diff

anticonstitutionnelles. Mais le droit de la concurrence permet là aussi des observations moins courantes et moins anodines. En effet, l'absence de revendication d'une incompatibilité afin d'échapper à l'emprise d'une norme inférieure préjudiciable peut avoir plusieurs causes. Tout d'abord, l'absence d'intérêt direct, dans la mesure où le justiciable calcule le désagrément d'une remise en cause du système au regard de celui causé par l'application de ce dernier. Ensuite, l'ignorance dans laquelle le justiciable, plus ou moins bien assisté, est de l'hierarchie des normes. A ce titre, la méconnaissance fréquente chez les juristes de droit privé des normes constitutionnelles et communautaires entrave grandement ce processus de contestation¹¹. Enfin, le justiciable peut craindre des mesures de rétorsion de la part de l'émetteur de la règle inférieure illégitime ainsi désigné comme n'ayant pas respecté les limites de son pouvoir.

12. Or, le droit de la concurrence, comme le droit financier, présente d'une façon très accrue ce dernier phénomène, signe d'une certaine perversion du système. En effet, d'une façon générale, le justiciable peut se dire qu'il ne relèvera sans doute pas de nouveau de l'émetteur de la norme invalidée ou qu'il aura affaire à un autre émetteur, un autre juge notamment. Dès lors, sans crainte de rétorsion, il peut attaquer la conformité de la norme édictée, ce qui revient toujours à mettre en cause d'une façon sous-jacente son auteur, ignorant ou irrespectueux de la norme supérieure. Mais le droit économique spécial a organisé une concentration du contentieux tout à fait sans précédent et ce que l'on serait tenté d'appeler une sorte de "marché captif" des justiciables. En effet, l'entreprise qui aura obtenu l'anéantissement d'une norme générale ou individuelle, émise par l'Administration hautement spécialisée et personnalisée, telle que la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF), ou l'annulation d'une décision du Conseil de la Concurrence, a vocation à avoir de nouveau affaire aux mêmes organes, aux mêmes individus. La rationalité pratique peut fortement inciter à ne pas les provoquer ainsi.

13. C'est pourquoi il semble bien que, de fait, le taux de contestation des normes juridiques de droit économique spécial soit faible dans ce système

¹¹cf N. Molfesssis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Thèse Paris II, 1994.

① Et les professeurs? comment ils ont bien les recours constitutionnels?

① qui concentre des pouvoirs très puissants dans des organes isolés et hautement personnalisés. Ainsi, une sorte d'équilibre de la terreur, du fait de la circularité du contrôle, du contentieux et de la répression, fonderait l'absence de remise en cause des normes émises. Si cela ne devait être que cela, le système est éminemment critiquable. On peut d'ailleurs songer alors à transférer le devoir de remise en cause sur un organe *ad hoc*, tel par exemple un procureur spécialisé. Mais il convient de ne pas s'arrêter exclusivement à cette hypothèse négative et à cette présentation cynique des choses. En effet, cet état peut résulter aussi d'un autre agencement des organes et des normes que dans le système ordinaire, organisation de droit, qui apporte une autre légitimité au système mis en place en matière de la concurrence.

14. En effet, sur le terrain du droit aussi, le système hiérarchique est remis en cause. En premier lieu, la dualité des ordres de juridictions et la distinction des juridictions civiles et pénales mettent à mal un tel mécanisme vertical, en laissant nécessairement persister des normes d'égale valeur au contenu contradictoire à propos d'une même situation. En effet, il n'est pas toujours possible d'attribuer un contentieux à un ordre, l'antinomie étant alors prise en charge par le Tribunal des Conflits. Il peut arriver que deux corps distincts de règles et des juges sans hiérarchie entre eux aient compétence et vocation à s'appliquer à une situation identique. Ainsi en est-il lorsque le juge pénal peut relever l'illégalité d'un règlement fondement de la poursuite, entrant ainsi en concurrence avec le juge administratif dont c'est l'office traditionnel. Il peut en résulter la coexistence pour une même situation et un même texte d'un jugement de légalité et d'un jugement d'illégalité. Fortement regrettée en doctrine, l'antinomie n'en persiste pas moins ; elle est perçue négativement comme un dysfonctionnement du système.

15. Or, en droit de la concurrence, s'il fallait rester sur ce modèle et adopter ce discours, le dysfonctionnement serait la caractéristique de l'ensemble et la matière vouée à la critique perpétuelle. En effet, le système juridique a désigné plusieurs organes émetteurs de normes, particulières ou générales, sans organiser de hiérarchie entre eux. Ainsi, entrent proprement en concurrence les organes de droit interne et les organes communautaires, qu'il s'agisse de produire des textes ou des décisions. Plus encore, en raison de la jurisprudence *Ville de Pamiers* du Tribunal des Conflits, en date du 6 juin

1989¹², l'ordre des juridictions administratives conserve une part de ce contentieux que la loi avait voulu transférer en son entier au Conseil de la Concurrence et aux juridictions judiciaires¹³. En outre, à côté de pouvoirs plus institués, l'administration est extraordinairement active en la matière, et joue d'une façon assez étonnante tous les rôles à la fois, concevant la doctrine, intentant les actions, organisant les réunions scientifiques, etc¹⁴. Enfin, la quasi-totalité de la doctrine universitaire spécialisée est composée de personnalités inscrites par ailleurs au Barreau. On assiste ainsi plus que partout ailleurs à un mélange des genres, voire à une disparition des repères et des distinctions traditionnels.

16. Dès lors, et pour prendre une image familière, le droit de la concurrence serait proprement organisé sur le modèle de la pagaille! Dans une conception classique, on sera tenté de dire qu'il faut y remettre bon ordre, unifier le contentieux, hiérarchiser les normes produites, etc. Mais l'enjeu de la présente recherche est au contraire de poser l'hypothèse, que la méthode sociologique aura en charge de vérifier par des enquêtes sur le terrain, selon laquelle le droit de la concurrence serait une sorte de laboratoire dans lequel s'élabore de nouvelles figures de la légalité et de la justice, telles qu'elles ont vocation à reconstituer et à fonder demain la légitimité du système juridique.

17. En effet, le modèle hiérarchique, et sa légitimité ne tenant qu'à une autorité formelle, est aujourd'hui gravement remis en cause et l'on ne peut que constater son inefficience. Ainsi, si le système juridique, tel que les juristes et les politiques notamment le pensent, le vivent et le construisent, s'accroche à une légitimité hiérarchique formelle, il faut alors en tirer comme conséquence qu'il a précisément et selon ces critères perdu son crédit et sa légitimité, son autorité et sa puissance. Il s'agirait alors d'en faire le procès, sans pouvoir vraiment proposer des solutions permettant de restaurer une légitimité hiérarchique de plus en plus bafouée.

¹²Arrêt qui affirma que, malgré la loi du 23 juillet 1987 posant la connaissance de la matière au Conseil de la Concurrence et à la Cour d'appel de Paris, les juridictions administratives restaient compétentes pour connaître du contentieux des comportements anticoncurrentiels dans les services publics (RFDA, 1989, p.465, concl. Stirn).

¹³V. *infra*, n° 116.

¹⁴V. *infra*, n° 130 s.

A l'inverse, l'observation plus "bienveillante", au sens cartésien du terme, du droit de la concurrence, qui fonctionne en dehors du modèle hiérarchique, l'examen approfondi de l'agencement des normes et des sources émettrices dans ce droit à première vue "pagailleux" de la concurrence, permettent de théoriser une nouvelle rationalité juridique qui permet de se passer de la légitimité hiérarchique. Cela peut être un élément essentiel pour la reconstruction d'une nouvelle légitimité juridique.

18. En effet, il convient de remarquer que ce recul de l'autorité hiérarchique comme fondement de la puissance juridique n'est pas le seul fait d'éléments contingents, à propos desquels l'on pourrait proposer remède, mais tient aussi à des éléments de philosophie politique. Cette conception classique est liée, voire dépendante, de la place théorique et sociologique de l'Etat. Etait posé que dès l'instant que la norme sort de la bouche d'un organe institué par l'Etat, elle est *a priori* et définitivement bonne. Or, l'Etat a perdu son statut de personne suprême rationnelle et les règles ne bénéficient plus aujourd'hui d'un crédit de légitimité dès l'instant qu'elles portent l'estampille étatique. On peut le regretter, - et il n'est pas non plus ici question d'aborder en elle-même cette perspective -, mais l'on doit le constater. Il y a donc un vide de légitimité, celle-ci ne pouvant plus découler de l'autorité hiérarchique de l'auteur de la norme. Lacune nouvelle et essentielle.

19. Là encore, l'examen sociologique des modes de production des normes en droit de la concurrence peut être essentiel. En effet, le droit de la concurrence se caractérise comme un droit qui n'est pas issu de l'Etat. Cela est d'évidence pour le droit communautaire. Cela explique la difficulté de l'Etat à trouver sa place en tant que justiciable de la matière¹⁵ et les éventuelles difficultés des publicistes à trouver leur marque en doctrine¹⁶. Dès lors, la valeur expérimentale du droit de la concurrence est là encore sans équivalent : nous avons affaire à un droit qui est, en quelque sorte, en lévitation sur la réalité qu'il prétend régir, avec paradoxalement une force et

¹⁵V., par ex., D. Brault, *L'Etat et l'esprit de concurrence en France*, Economie, 1987 ; L.-M. Antunes, *L'article 90 du Traité CEE, obligations des Etats membres et pouvoirs de la Commission*, RTDE 1991, p.187 s. ; Cl. Duchemin, préc. ; M.-A. Frison-Roche, *Réflexions sur l'Etat, l'économie et les principes du droit interne et communautaire de la concurrence*, Les Petites Affiches, 1994, à paraître.

¹⁶V. *infra*, n° 54 s.

① C'est toujours essentiellement l'Etat qui comble (par la "pagaille") le "vide" de l'état hiérarchique.

une puissance que n'atteint d'ordinaire que le droit pénal¹⁷, alors qu'il ne puise souvent plus ses racines dans la puissance et la légitimité de l'Etat. Ainsi, la rupture du couple Etat/Droit entraîne un accroissement objectivement observable de la puissance de ce dernier. Il est vrai que cela fait longtemps déjà que l'on nous propose, sur des modèles anglo-saxons, de penser le droit sans l'Etat¹⁸. Mais il s'agit présentement d'en observer le fonctionnement *in vivo*.

20. En effet, mesurer à propos du droit de la concurrence le plus exactement et le plus concrètement possible l'organisation d'un corps de règles émis par une pluralité d'organes, sans légitimité transitive au regard de l'Etat et sans légitimité formelle par le fait d'une hiérarchie, permet de rendre compte ce que le système juridique en son entier peut devenir demain.

Il ne s'agit de porter ici ni un jugement d'érudition ou de technicité juridique ni un jugement de valeur sur les modes d'agencement en question, mais de chercher, dans ce premier temps (la sociologie pouvant être appréhendée comme la première marche de la perspective politique et philosophique), à formuler ce que l'on appelle un jugement de réalité. Cela ne dispense bien sûr pas de théoriser ce jugement acquis. La théorie des jeux peut être alors sollicitée à ce titre, comme le titre de l'étude le suggère¹⁹.

21. La recherche, d'ampleur importante, a été conçue en plusieurs étapes. Dans un premier temps, l'équipe de recherche a dépouillé systématiquement l'ensemble des textes, doctrine, décisions, etc., à travers une grille d'analyse cherchant à mesurer l'affleurement dans l'objet technique de présupposés relatifs à la place de l'organe considéré par rapport aux autres. Il a été, de la même façon, examiné quelle conception l'auteur du texte avait de lui-même, ou à tout le moins quelle image de lui-même il projetait à destination des autres. L'ensemble a été informatisé et a donné lieu à un document intermédiaire de recherche, remis en son temps à la Chancellerie.

La seconde étape, essentielle, a consisté à mettre au point une grille d'entretien semi-ouverte. Cette dernière est reproduite en annexe²⁰. Elle a

¹⁷Sur les rapports ambigus entre droit de la concurrence et droit pénal, voir *infra*, n°63 s.

¹⁸L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat : sur la démocratie en France et en Amérique*, PUF, 1985, rééd. coll. "Quadrige", 1992.

¹⁹V. *supra* n°63 s.

²⁰Annexe III.

permis la menée d'un nombre significatif d'entretiens par des membres de l'équipe²¹. L'ensemble de ces réponses validées postérieurement par leurs auteurs a permis d'en tirer des conclusions qui prennent place dans le présent rapport.

22. Il s'agit d'observer que, dans une démarche, si ce n'est conflictuelle d'une façon latente, à tout le moins démonstrative d'une volonté de justification et de stratégie de pouvoir, les différents organes estiment détenir chacun le pouvoir d'intervention légitime. Cela est exprimé à travers la présentation par l'organe en question d'une structure substantielle du droit considéré qui leur est favorable et le désigne logiquement comme l'organe naturellement en charge de la matière. Ainsi, la représentation de la matière par l'organe fait partie intégrante de la stratégie de pouvoir de l'organe. L'observation est courante en sociologie, du moins dans son mouvement théorique que l'on pourrait qualifier de "suspenseux". Ainsi, Y. Dezalay, dans son analyse sur "les marchands de droit" ²² pose que la doctrine, particulièrement la doctrine commercialiste, se partage le marché du savoir. Le même auteur reprend cette grille d'un affrontement soi-disant doctrinal mais en réalité purement et simplement financier et de pouvoir, à propos de la réalité des rapports entre juristes et comptables ²³. Une même méthode critique, voire suspicieuse, a été utilisée par A. Bancaud, dans son appréhension de "la haute magistrature" ²⁴, restituée comme corps professionnel à l'abri derrière sa civilité, la rendant disponible au pouvoir politique. Cette conception est à rattacher à la sociologie externaliste, qui dénie tout sens au discours et toute autonomie de l'acteur par rapport à son contexte.

23. Une démarche plus bienveillante consiste à associer la pertinence de l'analyse au postulat méthodologique selon lequel l'objet étudié, fût-il un discours, a un sens, qu'il n'est pas vide et hors de de la conscience et de la

²¹Annexe IV.

²²*Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Fayard, 1992.

²³Sous la direction de Y. Dezalay, *Batailles territoriales et querelles de cousinage. Juristes et comptables européens sur le marché du droit des affaires*, coll. "Droit et société", L.G.D.J., 1993.

²⁴*La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce*, coll. "Droit et société", L.G.D.J., 1992.

onali é de celui qui l'exprime. Cette considération pour la teneur du
ours et cette admission d'une autonomie du l'individu par rapport aux
rêts de son groupe social et de lui-même, sociologie internaliste, aboutit
défi nition à une description moins critique des comportements et des
ours

ui pe ut justement être pris ici de la pertinence de cette dernière approche.
effet, la perspective critique n'épuise pas le sujet. On peut alors mesurer
crète ment la mise en place de compétences reconnues comme
implém entaires entre des pouvoirs normatifs qui entrent dans un rapport
lier e t s'ajustent ainsi les uns par rapport aux autres, dans une cohérence
lée n sur la hiérarchie, ni sur l'équilibre de la terreur, ni sur une sorte de
age de marché de pouvoir, mais sur une rationalité pratique
ctive ment admise.

En ela, l'évolution du droit de la concurrence est susceptible de
stituer de fait un modèle positif pour le droit de demain. On mesure que sa
rétis ation dépend très largement des méthodes de formation des
onne s, formation initiale et continue, mise en place et des aménagements
eux t d'occasions de rencontre²⁵. En cela, l'action du Ministère de la
e pe ut être efficace, cruciale et exemplaire. La Chancellerie doit prendre,
e bi ais notamment, en charge l'organisation d'une nouvelle rationalité
que j uridique. Elle lui revient de droit.

e pr ésent rapport général tend donc, dans un premier temps de la
lèse de la recherche, à mesurer la revendication de compétences
lées comme naturelles par des pouvoirs normatifs en concurrence (I)
à pr endre acte et à tirer les conséquences de la mise en place de
éten es posées comme complémentaires entre des pouvoirs normatifs
ntrés ainsi dans une relation d'ajustement réciproque.

**RE VENDICATION DE COMPÉTENCES AFFIRMÉES COMME
IREL LES PAR DES POUVOIRS NORMATIFS CONCURRENTS**

26. Le système juridique oriente différemment des organes préexistants ou fabrique des organes *ad hoc* d'une façon continue. On affirme usuellement que la fonction crée l'organe et l'organe la fonction²⁶. D'une façon plus générale, un organe peut justifier son existence et ses pouvoirs en se référant à la matière qu'il s'agit d'édicter ou d'appliquer.

Mais le droit de la concurrence est là encore symptomatique d'une nouvelle figure du système juridique. En effet, il s'agit d'un droit qui s'affirme comme téléologique, c'est-à-dire qu'il ne vaut que par les finalités qu'il sert et au regard desquelles il prend son sens. Il s'agit d'ailleurs de la règle d'interprétation qu'impose le droit communautaire des affaires. Dès lors, un organe se justifie par la mission qui lui incombe sur la matière.

C'est pourquoi il apparaît pertinent de distinguer, à partir de l'enquête concrètement menée, l'affirmation d'une spécificité de la matière justifiant l'existence des organes (A), puis celle d'une spécificité de la mission justifiant leurs pouvoirs (B).

A. L'AFFIRMATION D'UNE SPÉCIFICITÉ DE LA MATIÈRE JUSTIFIANT L'EXISTENCE DES ORGANES

27. Dans le sens commun, ce sont les spécificités de la matière qui impliquent logiquement la mise en place d'organes plus ou moins spécialisés. Ainsi une particularité extrême d'une matière exige, en nécessité logique, des organes parfaitement adéquats, uniquement faits pour elle.

Mais la sociologie générale, non sans tomber dans quelque excès d'ailleurs, a montré la pertinence de l'inversion des discours. En effet, si un organe veut justifier, accroître ou mettre en place son pouvoir, il adoptera un discours arguant des contours si particuliers de la matière que sa mise en pratique lui revient de droit et que nul autre ne saura en revendiquer la prise en charge.

Même s'il est vrai que cette analyse critique des discours ne suffit pas à rendre compte de la réalité, il demeure qu'elle exprime une façon d'agencer les pouvoirs normatifs, suivant leur capacité à convaincre les autres d'une conception de la matière qui leur est favorable, en les rendant

²⁶Sur cette dialectique appliquée au droit économique, v., notamment, *Le rôle et le statut des professionnels dans le droit des procédures collectives*, en sociologie interne et sociologie comparée, Rapports du Laboratoire de sociologie juridique, 1991, 1992, préc., note n°1.

indispensables, voire inexpugnables. Ainsi, en dehors de toute hiérarchie formelle, l'organe qui paraîtra le plus adéquat au droit de la concurrence sera dominant dans le système.

Cela explique, dans les discours se référant au droit de la concurrence et en opérant la description, l'hésitation de qualification entre le droit et l'économie (1), la lutte entre le droit privé et le droit public (2), l'hésitation quant au droit pénal (3) et l'offensive menée à l'égard du droit commun (4).

1. L'hésitation entre le droit et l'économie

28. Il ne s'agit pas d'ouvrir au fond la question de savoir si le droit de la concurrence relève de la matière juridique ou de la matière économique²⁷, mais de la façon dont les différents organes se représentent cette qualification naturelle. L'enjeu d'une telle représentation est celle d'une légitimité ou invalidation des pouvoirs conférés aux différents organes en place. Les Ministères eux-mêmes n'en sont pas exempts²⁸. A travers l'affichage de la distinction du droit et de l'économie, ce sont bien deux mondes qui se font face, avec leurs troupes²⁹, et qui recherchent une légitimité réactive à l'autre monde, dans un mouvement dialectique³⁰.

²⁷V., d'une façon générale, *Droit et économie*, Archives de philosophie du droit, tome 37, Sirey, 1992. A propos du droit de la concurrence, v., par exemple, J. Schapira, G. Le Tallec, J.-B. Blaise, *droit européen des affaires*, 4^{ème} éd., coll. "Thémis", PUF, 1994, p.76 s., évoquant, il est vrai, une spécificité des règles communautaires en la matière ; P. Verloren Van Themaat, *L'économie à travers le prisme du juriste*, RIDE, 1989, 2, p.133 s.

²⁸Entretien de Monsieur Dubois, Commission de Bruxelles, dans une observation préalable : *Cette recherche a été diligentée par le Ministère de la Justice et l'on aurait aussi pu concevoir qu'elle soit diligentée par le Ministère de l'Economie.*

²⁹Entretien de Maurice Guerrin, D.G.4, Commission des Communautés Européennes : *On a besoin davantage de juristes que d'économistes. Cela vient sans doute du fait que les avocats sont très actifs, et ils ont accaparé le droit de la concurrence : le fond du débat est juridique. A la DG4, sur 350 personnes, il y a une écrasante majorité de juristes.*

³⁰Entretien de Pierre Bézard, Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation : *Il y a deux mondes, économique et juridique, qui ont du mal à se rencontrer. Puisque l'économique doit être prééminent, il s'impose certes, mais à partir du moment où ce sont des juristes qui interviennent, en cas de contentieux, il faut que ces deux mondes s'entendent. Cela constitue un problème majeur d'adaptation car ces deux mondes ont du mal à se rencontrer. Un temps, le monde juridique l'a emporté... Le droit était alors tentaculaire et avait pourtant de grandes faiblesses, notamment parce qu'il a besoin de preuves (impérialisme et faiblesse étaient ainsi associés). On est donc arrivé à un système très différent : on a alors quasiment évacué le droit... L'on a donc pris un autre système, avec l'efficacité économique comme objectif et moyen, et très peu de droit. Le fait économique a pris une importance considérable par rapport au droit. Cela a été un revirement considérable. Mais il demeure que les démarches de recherche économique en matière de concurrence sont sous le contrôle judiciaire. Lors de la conception des textes, on avait espéré peut-être que les recours seraient*

29. Le plus illustratif des exemples peut être pris dans l'existence même du Conseil de la concurrence. On sait que ce dernier est l'épigone de la Commission de la concurrence, elle-même nouvelle mouture de la Commission technique des positions dominantes et des ententes. Pourtant, malgré cette apparente filiation, appuyée notamment sur des persistances organisationnelles, on observe une rupture de légitimité.

30. En effet, les Commissions antérieures avaient une légitimité donnée par un système d'économie administrée, ces organes étant l'instrument d'une politique de la régulation économique dans les mains de ces entités étatiques³¹. Une politique économique entre les mains d'un Etat disposant d'une économie administrée, justifiée par une certaine conception de l'efficacité marchande mais aussi, d'une façon historique, par la gestion de la pénurie qui a suivi l'après-guerre, ne pouvait qu'être entre les mains d'organes administratifs, composés de personnalités issues de la haute administration, ayant le sens de l'Etat plus encore que le sens du commerce.

31. Or, la mise en place du Conseil de la concurrence correspond à une révolution idéologique substantielle intervenue en 1986. En effet, le principe cesse d'une économie administrée, les prix sont libérés, le marché est laissé à son fonctionnement spontané. Le droit de la concurrence devient un simple garde-fou. Il est très éclairant sociologiquement de noter que toutes les personnalités intéressées posent le caractère définitivement acquis de ce changement de principe. Ainsi, même la haute administration admet volontiers, dans son discours, qu'elle ne dispose plus de l'économie³². De la même façon, la magistrature judiciaire non seulement prend acte du

peu nombreux. Mais la réalité a été tout autre, car se sont développés des recours et s'est développé un droit de la concurrence à travers ces procédures : ainsi, le droit a imposé son rôle et retrouvé sa place, même si les magistrats sont en étroite contact avec les autorités de marché, ce qui est bien.

³¹Entretien de Pierre Drai, Premier Président de la Cour de cassation : Avant 1986, le fonctionnaire était le grand maître d'œuvre de l'activité économique.

³²Entretien de Christian Babusiaux, directeur de la D.G.C.C.R.F., répondant à une question relative aux inconvénients éventuels du droit de la concurrence : *Je ne vois pas d'inconvénient à un droit de la concurrence par rapport à une économie administrée ou dirigée, ou à un système de monopoles. Par rapport à eux, un droit de la concurrence me paraît ce qui a été conçu de mieux, et ce n'est pas un hasard si les économies les plus développées l'ont adopté.*

changement qualitatif mais met en garde contre toute dérive insidieuse vers un nouveau dirigisme³³.

32. Mais dans ces conditions, le Conseil de la concurrence doit se construire une nouvelle légitimité, puisqu'il ne s'agit plus pour des organes de l'Etat d'imposer une politique de contrôle au nom d'intérêts supérieurs à ceux du marché. Dès lors, si l'on affirme que le droit de la concurrence est constitué de droit - ce qui est un argument de nature tautologique et, à ce titre, à première vue imparable -, cela conduirait logiquement à imposer le retour de la matière bouleversée dans les mains des organes qui ont pour fonction traditionnelle d'appliquer le droit. Ce sont donc les organes institués pour dire le droit qui retrouvent compétence naturelle : le pouvoir législatif pour poser les principes, le juge ordinaire pour les appliquer aux situations d'espèce, selon les processus de droit commun.

33. Le Conseil de la concurrence serait alors une sorte de fantôme d'anciennes structurations qui ont perdu leur fondement. Ce phénomène de persistance apparente de mécanismes qui ne sont plus que des ombres portées de phénomènes sociaux disparus et sont donc en porte-à-faux avec le contexte dans lequel il perdure anachroniquement, est d'ailleurs couramment observé. D'une façon plus générale encore, l'idéologie de la table rase n'a pas de sens et les nouveaux corps de règles qui nient le droit ancien en conservent nécessairement, en creux et selon le modèle de la dialectique historique de type hégélien, la trace. Ainsi, le Conseil de la concurrence ne serait que trace en creux d'une époque où droit de la concurrence et politique de la concurrence ne se distinguaient guère.

Il s'agirait d'un phénomène analogue à celui que l'on observe à propos de la dépenalisation du droit de la concurrence. Celle-ci a laissé en creux persister la logique répressive, non seulement expressément, par exemple à travers le refus de vente à l'égard d'un consommateur, mais encore implicitement, à travers notamment le refus de vente entre professionnels, par la qualification

³³Entretien de Jean Léonnet, conseiller à la chambre commerciale de la Cour de cassation, selon lequel le droit de la concurrence doit *instaurer une règle du jeu entre les différentes entreprises. Cette règle doit se concevoir dans un concept libéral mais ce concept libéral ne doit pas conduire non plus à une forme de dirigisme déguisé. Je m'explique : il ne faut pas qu'à travers les règles créées et les organismes de supervision, on aboutisse à recréer une forme de contrôle de l'action de toutes les entreprises.*

de pratiques discriminatoires³⁴. Il ne s'agit certes que d'une action en responsabilité civile, mais l'action conférée en la matière au ministère public et à l'administration montre qu'un ordre public quasi-pénal reste encore en cause.

34. S'il devait en être simplement ainsi, le Conseil de la concurrence n'étant plus qu'une sorte de phénomène de luminosité d'une planète disparue, il faudrait alors que cet organe s'efface progressivement et que le juge ordinaire, - sans aborder pour l'instant la question de savoir si ce juge naturel serait alors le juge judiciaire ou le juge administratif -, reprenne son emprise. Cette dernière, jadis exclue dans une conception d'une économie administrée par l'exécutif, s'imposerait dans une conception libérale de l'économie, le juge intervenant lorsque la liberté contractuelle adossée à celle du commerce et de l'industrie ne suffisent plus à assurer l'équilibre des choses.

Il s'agirait en effet de l'office naturel du droit et du juge qui est de veiller à ce que les comportements humains n'excèdent pas des limites raisonnables, fixant la frontière entre le licite et l'illicite, afin de trancher les litiges entre adversaires³⁵.

35. Mais la sociologie générale a montré que le pouvoir est aujourd'hui dévolu, dans une société que l'on qualifie d' "expertale", aux personnes qui sont techniquement compétentes au regard de l'objet qui leur est soumis. Cela permet d'assurer la continuation un rôle des diplômes, ces attestations de science acquise, dans la constitution des élites. Cela y ajoute la dimension de l'expérience, associée à la "sagesse", qui pousse la société française à multiplier les observatoires, les comités et les commissions, composées d'hommes savants et d'expériences, ces "sages", proches de l'image des ancêtres, établissant ce qu'il convient de penser. Ainsi, le pouvoir politique peut-il leur emprunter cette légitimité de type savant pour prendre une décision. Dans un dernier stade, le pouvoir politique ne peut plus prendre de décision sans s'appuyer sur de tels avis autorisés.

³⁴Sur les rapports du droit de la concurrence et du droit pénal, voir *infra*, n°63 s.

³⁵Entretien de Robert Saint-Esteben, avocat : *A partir du moment où l'on fait le choix d'une économie de marché, qui par nature repose sur la concurrence, il est indispensable de se doter d'une réglementation qui trace la limite entre le licite et l'illicite, la concurrence étant fondée sur un rapport conflictuel entre concurrents ou intérêts concurrents.*

Ainsi, il ne suffit plus actuellement d'une légitimité politique *a priori* pour que l'organe justifie son pouvoir. Il doit démontrer sa compétence technique et sa prudence manifestées *a posteriori*.

36. Or, le juge, qu'il soit judiciaire ou administratif, est savant et expérimenté en droit. Cela même fait déjà l'objet de restriction dans la mesure où les juges judiciaires ou administratifs ne sont que peu aguerris en droit commercial, soit que, concernant les seconds, le programme de l'ENA ne lui fait pas de place soit que, concernant les premiers, l'existence des Tribunaux de commerce fait refluer cette matière dans la formation et les premières expériences des juges judiciaires. D'une façon plus particulière, le juge n'a aucune compétence, au sens technique du terme, en économie. Dès lors, si la matière de la concurrence, fût-elle construite sur un modèle libéral, relève en toutes hypothèses de l'économie et non du droit, le juge ordinaire est sociologiquement incapable de le maîtriser et son contrôle doit lui échapper.

37. En revanche, le Conseil de la concurrence, s'il continue d'être présidé par un membre de la Haute administration, comprend en son sein des économistes, dont certains très influents. Dès lors, cette technicité expertale est revendiquée aujourd'hui pour refonder le pouvoir du Conseil de la concurrence, affirmé de nouveau comme naturel, et ce malgré le changement idéologique majeur intervenu en 1986.

38. On peut ainsi observer deux types de domination qui vont dans le même sens, même s'ils diffèrent à première vue.

En effet, il peut s'agir d'affirmer que le droit de la concurrence n'intègre du juridique que la dimension procédurale des règles ou même que cette réglementation n'a de juridique que le nom. Dans cette première conception des choses, l'hommage fait alors aux progrès procéduraux devant le Conseil de la concurrence ou dans le cadre du recours devant la Cour d'appel est ambigu : il s'agit tout à la fois de saluer ce qui est l'honneur de la tradition judiciaire, notamment à travers les droits de la défense. Mais il s'agit aussi implicitement de poser que le juridique se cantonne dans le procédural. La discussion institutionnelle, malgré la fermeté des propos, qui s'est instaurée sur la question de la présence du rapporteur au délibéré devant le Conseil de la concurrence, à travers le rapport annuel de la Cour de cassation, accrédi-

cette conception des choses. Le juridique s'en trouve nécessairement marginalisé à la façon de faire les choses : le contrôle des choses elles-mêmes relèverait de l'économie.

39. Dans une première conception, plus radicale encore, le droit de la concurrence, mal nommé, n'est composée que d'économie³⁶. Dès lors, le juge n'est que toléré dans une matière qui lui est étrangère. Le Conseil de la concurrence s'impose, grâce notamment à sa compétence économique.

La chose peut être exprimée différemment, lorsqu'il est affirmé que le droit est en la matière un concept secondaire³⁷ ou que le droit de la concurrence a pour objet la traduction juridique de principes économiques³⁸. Cela est une référence implicite à la première qualité de la traduction : la fidélité et la neutralité par rapport à l'objet restauré sous une nouvelle forme, ici la transparence du droit par rapport à l'économie.

40. A première vue, le troisième discours concevable, et fréquemment tenu³⁹, quitte à préciser qu'il ne s'agit pas là d'un véritable problème⁴⁰, tenant d'un partage égal entre matière économique et matière juridique, voire d'une

³⁶Entretien Frédéric Jenny, vice-président du Conseil de la Concurrence : *Le droit de la concurrence trouve son origine dans l'analyse économique. Il permet de concilier l'intérêt individuel et l'intérêt collectif au sein d'une économie de marché. Le Conseil de la concurrence a pour mission de faire respecter les règles, déduites de l'analyse économique, qui permettent d'assurer cette cohérence et de sanctionner les manquements à celles-ci.*

³⁷Entretien Michel Bazex, professeur et avocat : *C'est une matière économique à la base. Les juristes sont à la traîne. Le droit étant un concept secondaire en la matière, cette hiérarchie est un fait inévitable. ... Le droit est périphérique. Il ne constitue que la forme.*

³⁸Entretien Ch. Babusiaux : *L'objet du droit de la concurrence est de traduire de la manière la plus générale et la plus simple des principes de fonctionnement et de régulation du marché, traduisant des principes économiques fondamentaux.*

³⁹Entretien M. Draï : *Le droit de la concurrence relève et du juridique et de l'économique. Il y a les deux.*

M. Dubois : *L'activité concurrentielle est évidemment économique. L'encadrement est bien sûr juridique.*

Entretien J. Léonnet : *Le droit de la concurrence relève des deux matières, sous réserve que le flux économique soit contenu dans un cadre juridique, car sinon il n'y a pas de règle possible. ... En matière économique, la base est économique, mais la réglementation est juridique.*

Entretien M. Manthey : *Le droit de la concurrence, c'est avant tout de l'économie. C'est aussi du droit bien sûr mais, sans aucun doute, la dimension économique prévaut.*

Entretien R. Saint-Esteben : *Elle (la concurrence) relève naturellement des deux. La concurrence est un phénomène économique, réglementé ou non.*

⁴⁰Entretien Jacques Biancarelli, juge au Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes : *Il s'agit là, très largement, d'un faux problème et, sans nul doute, le droit de la concurrence est au confluent du droit et de l'économie. Il s'agit d'apporter une réponse juridiquement adaptée à un phénomène économique, celui du dysfonctionnement du marché, dont la théorie économique enseigne que ses effets négatifs représentent un coût social insupportable.*

interdépendance ou d'une matière économique accueillant en son sein des éléments juridiques, serait plus équitable. Cependant, il s'agit là encore d'un discours qui permet *a posteriori* de fonder l'existence du système actuel, qui concentre une partie importante des pouvoirs au sein du Conseil de la concurrence, rendant des avis et sanctionnant des comportements anticoncurrentiels, grâce au thème de la pluridisciplinarité.

En effet, le Conseil de la concurrence est composé de personnalités ayant eu des formations et des vies professionnelles différentes, qui juridique, qui économique : par exemple et actuellement, Frédéric Jenny, professeur d'économie, ou Jacques Bon, Président honoraire du Tribunal de commerce de Paris.

41. En revanche, les juridictions, quelles qu'elles soient, et tant que l'échevinage ne fera pas son chemin, dans les esprits et dans les faits⁴¹, sont de type homogènes. Dans le contexte d'un tel discours, cela est une infériorité. En effet, la réception de l'économie, à travers des notions-cadres, comme le marché, ou les notions opérationnelles, comme l'entreprise, s'opère alors difficilement. Il faudrait constituer un "interface" pour que le discours économique légitime, affirmé comme constitutif du droit de la concurrence, puisse même être perçu par les autorités juridiques, avant que d'être manié⁴². La diversité de la composition du Conseil de la Concurrence atteste alors de sa supériorité, l'association des personnalités et la pluralité des formations évitant de tels méandres. Dès lors, le Conseil de la concurrence peut endosser le rôle sociologique de l'expert, donnant ainsi une autorité à ses décisions, autorité que le juge ordinaire ne peut à première vue conférer.

⁴¹Entretien P. Draï : *Les juges sont dans un milieu trop juridique et ne sont pas toujours attirés par le droit économique car ils n'en sont pas familiers. Pour améliorer cela, l'on pourrait penser à un sorte d'échevinage à la Cour d'appel de Paris, en matière de concurrence.*

cf. s'appuyant sur le thème de la justice de proximité à propos du contentieux quotidien mais assez transposable à cette autre forme de justice de proximité qu'est le contentieux de la concurrence, la suggestion récente d'assesseurs non professionnels : Arhuis et Haenel, *La justice de proximité*, Rapport à la Chancellerie, 1994.

⁴²Entretien G. Canivet, qui ne reprend d'ailleurs pas à son compte l'affirmation : *Si l'on admettait qu'il ne s'agit que de l'économie, alors il faudrait en tout état de cause que ces notions économiques rentrent dans une logique juridique, pour qu'elle soient lisibles par les autorités administratives et les organes judiciaires.*

42. Ainsi, on observe, dans une première conclusion, que, malgré la rupture de légitimité qui aurait dû faucher le Conseil de la concurrence, un phénomène de refondation a été opéré, qui lui permet de demeurer au centre du système. Cela est mis en place par différents types de discours tous convergents en ce sens. On observera qu'ils ne sont pas tenus exclusivement par ses membres ou des personnalités qui en dépendent, ce qui laisse à penser qu'il s'agit là d'un véritable consensus⁴³.

43. En outre, la prévalence sociologique de la perspective économique sur la perspective juridique dans le discours constituant le droit de la concurrence s'appuie également sur l'affirmation de l'objectivité de l'économie par rapport à la subjectivité des règles juridiques en ce que ces dernières sont édictées par le pouvoir politique ou administratif, ne dépendant d'aucune loi quasi-scientifique, telle que la loi du marché, préexistante, contraignante, prévisible⁴⁴. Ainsi, il y aurait comme une transivité entre le marché, notion objective, et, par une sorte de transposition, les règles qui le régiraient garderaient cette même objectivité, les rendant scientifiquement incontestables⁴⁵ et bonnes. Les sanctions elles-mêmes s'imposent alors, par la loi du marché. Nul besoin de la motiver davantage.

① Cette affirmation de l'objectivité scientifique du marché que l'on retrouve d'une façon quasi-générale explique l'évolution des règles du droit de la concurrence et l'esprit dans lequel on les applique. En effet, cette croyance dans l'objectivité de l'économie le place donc au-dessus du juridique, explique le pas du premier sur le second, mouvement représenté comme un progrès dans l'organisation sociale. C'est ainsi en perspective des règles du

⁴³V., dans ce sens, R. Saint-Esteben : *Si la question est de savoir de quelle discipline relève la concurrence, la réponse est évidemment qu'elle relève à la fois de l'économie et du droit.*

⁴⁴Entretien M. Manthey, Direction des affaires juridiques et des accords, Rhône-Poulenc : *Le droit de la concurrence, c'est avant tout de l'économie. C'est aussi du droit bien sûr mais, sans aucun doute, la dimension économique prévaut. Par exemple, lorsque l'on envisage de faire une joint-venture, il convient d'apprécier et d'évaluer des paramètres tels que la structure du marché, la qualité des opérateurs économiques, le degré de concentration qui résultera de la nouvelle entité... La démarche est en elle-même très mathématique, elle requiert de nombreux calculs, nous travaillons à partir de volumes, de chiffres d'affaires. Il serait ridicule de ne tenir compte que du seul aspect juridique.*

⁴⁵Entretien de Dubois : *Il ne s'agit pas de porter un quelconque jugement éthique en la matière et d'estimer que c'est bien ou mal de restreindre la concurrence. L'on se fait certes sanctionner pour cela, mais ce n'est pas l'effet d'un jugement moral. C'est un système purement objectif.*

① Mais on ne trouve jamais 2 économistes pour une même définition de marché parfaite

marché concurrentiel que la question de la justice sociale est aujourd'hui débattue⁴⁶.

44. Plus encore, la suprématie de l'économique implique qu'on ne peut chercher sans leurre à se dégager des lois du marché : l'on ne peut en disposer si aisément. Or, ces lois, notamment celle de l'ajustement de l'offre et de la demande, peuvent s'exprimer en toutes matières, et l'on connaît la voque de l'analyse économique du droit. Mais le marché n'est pas seulement un modèle explicatif, il est également un modèle normatif, et dont la normativité est exclusive de toute autre : c'est ainsi que des phénomènes constitués en dehors de cette perspective sont en quelque sorte "rattrapés" par le marché. Se trouve notamment prise dans ce maeström l'action des pouvoirs publics⁴⁷. Cette idéologie de l'objectivité de l'économique explique en grande partie cet impérialisme du droit de la concurrence et l'assurance avec laquelle les organes qui en ont la charge l'assument.

45. Il n'est pourtant pas inconcevable de présenter les choses un peu différemment, dans un discours alternatif dont on peut trouver l'affleurement dans certains entretiens mais non la conceptualisation. Cela revient à nier la nouveauté du droit de la concurrence, pourtant affirmée en ce que le juge est amené à trancher dans une matière dont il n'a pas acquis la maîtrise technique. En effet, on se contentera d'observer que l'intervention du juge trouve toujours à s'appliquer sur une situation de fait, a-juridique : le droit s'applique toujours à autre chose qu'à lui-même. Il en est ainsi du droit le plus classique, du cœur du droit civil : ainsi, le droit de la famille s'applique à un objet parfaitement hétérogène, situation faites d'intérêts financiers, de sentiments, de psychologie, de transcendance, etc... . La diversité des familles a même pu faire douter de leur aptitude à être régies par des règles de droit, inadéquates puisque générales et abstraites⁴⁸. Ainsi, la nouveauté

⁴⁶V. , not., J. Rawls, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Seuil, 1977 ; J.-P. Dupuy , "Le mérite et l'envie" in *La justice*, Ed. Autrement, 1994, à paraître.

⁴⁷V. *infra* n° 61 ; v., aussi, J.-M. Glachant, *Le marché et le hors-marché. Une analyse économique des entreprises publiques françaises*, Publications de la Sorbonne, 1994.

⁴⁸J. Carbonnier, "A chacun sa famille, à chacun son droit" in *Essais sur les lois*, Rép. not. def., 1979, p.167 s., spéc. p.180 : *L'art de vivre en famille ne s'enseigne point. On pourrait enseigner, en revanche, l'art de faire des lois à l'ombre desquelles chacun cultivera son art de vivre en famille. Mais la leçon de cet art législatif serait si brève : le moins de lois possible... C'est pour vivre sans famille qu'il faut beaucoup de droit.* On pourrait songer à transposer l'appréciation à propos de l'art du commerce.

que l'on prête usuellement au droit de la concurrence, devant s'appliquer au cas par cas, en prenant en considération d'une façon primordiale des éléments non-juridiques, serait assez factice. Le droit a toujours été voué à cela.

46. Dès lors, comment le juge traditionnel, qui n'a pas plus étudié la psychologie des enfants qu'on ne l'a éduqué à la science économique, remplit-il son office, sans que l'on songe sérieusement à l'en déposséder? De fait, le juge fait remplir sa tâche car, de fait, il s'appuie sur son expérience, bénéficie de la spécialisation de fait qu'est en train de connaître la magistrature, à travers le Juge aux affaires familiales notamment. En outre, de droit, il a recours à l'expertise. Cette dernière - le sens d'expertise au sens juridique et au sens sociologique du terme se rejoignant ici - apportera au juge tous les éclaircissements nécessaires. Le juge n'a dès lors besoin que d'une familiarité suffisante avec l'objet étudié pour être apte à poser correctement les questions à l'expert et à comprendre, d'une façon au besoin critique, ses réponses⁴⁹.

47. On peut donc observer que, si cet agencement courant d'un juge de droit commun flanqué d'un expert n'est guère évoqué en droit de la concurrence⁵⁰ à propos duquel prévaut une conception radicale semblant exclure par un raisonnement qui s'apparente davantage à une rhétorique qu'à une démonstration, c'est précisément parce que les enjeux de pouvoirs économique et politique y sont plus importants. Dès lors, la place d'organe de décision en la matière est plus "disputée" qu'elle ne l'est en droit plus traditionnel. Que le juge garde le contentieux du quotidien...

48. Il ne s'agit d'ailleurs pas ici de minimiser les mouvements de revendication que l'on observe précisément en droit de la famille, les juges se voyant "concurrencés" et contestés par des organes de médiation familiale visant ouvertement à les supplanter, revendiquant une compétence et une adéquation par rapport aux situations de crise dans la famille plus grandes

⁴⁹V., not. *Les délégations judiciaires en matière civile et commerciale*, Dalloz, 1964, *L'expertise*, Dalloz, 1994, à paraître.

⁵⁰V., cependant, G. Canivet, *Le juge et les autorités de marché*, Revue de jurisprudence de droit commercial 1993, p.1 s.

que celle du juge traditionnel⁵¹. Le discours de justification en est similaire. Dès lors que le juge n'est pas expert du fait sur lequel il se penche, il est présenté comme techniquement incompetent. Cela justifia le recours à l'expertise, au sens procédural du terme, et son importance grandissante dans les contentieux. Par un mouvement de bascule, c'est aujourd'hui l'acte de juger que revendique l'expert du fait, le médiateur pour la famille, le Conseil de la concurrence pour l'économie de marché. Il s'agit là d'un changement de discours de type qualitatif, lequel ne trouve pas de justifications objectives, mais traduit bien plutôt des rapports de force dans la société qui, naguère au bénéfice du juge, se transforment aujourd'hui à son détriment.

49. Il demeure qu'en-delà de ces relations de pouvoirs, les discours de justification sont de type rhétorique et que l'on pourrait tout aussi bien démontrer la pertinence de l'intervention du juge ordinaire, bénéficiant de l'avis d'experts autorisés, qu'on a démontré, sur les mêmes prémisses, la nécessité de le dessaisir de ses pouvoirs, notamment au profit d'autorités administratives indépendantes. Sans qu'il soit question d'analyser plus avant la perspective d'une revalorisation du premier raisonnement, mouvement relevant davantage d'un projet de politique juridique que d'un constat de sociologie juridique, on remarquera que cette prise de position en amont à propos de la matière, juridique ou économique, dont serait constitué le droit de la concurrence a des effets importants en aval, et ce dans plusieurs perspectives.

50. Tout d'abord, l'économie a des lois d'efficience que le droit serait sans doute contraint, ici plus qu'ailleurs, de respecter. Ainsi en est-il de l'intelligibilité des textes, de la prévisibilité des sanctions, etc.⁵² Certes, ces principes s'imposent en droit, en application de la sécurité juridique, de la légalité des délits et des peines notamment. Mais l'on sait que leur effectivité

⁵¹J. Commaille, *L'esprit sociologique des lois*, coll. "Droit, éthique et société", PUF, 1994, à paraître.

⁵²Entretien R. Saint-Esteben, à propos de la prévalence du droit ou de l'économie : *Cette question revêt une importance majeure d'un point de vue économique. La réponse dépend de la place que l'on accorde à chacune des deux disciplines. On ne peut s'empêcher de penser qu'il serait opportun et même nécessaire de mieux introduire le principe de confiance légitime, de la prévisibilité de la législation.*

est parfois douteuse. Ce qu'il convient alors de souligner, c'est que la perspective économique est apte à leur redonner une sorte de second souffle, à les fonder de nouveau. Il est en effet ici normal que la rationalité économique du sujet de droit prétende jouer, par l'opération d'un calcul entre le risque de sanction et le comportement économique le plus souhaitable. Il n'est nul besoin de droits de l'homme pour le justifier. Dès lors, si l'imperfection des règles engendre parfois des effets de surprise en droit de la concurrence, cela justifie d'abord une lourde critique sur le terrain de l'analyse économique⁵³, en raison de la déficience d'information de l'agent économique, l'éloignant encore un peu plus du modèle de la concurrence parfaite, avant que de la mériter sur le terrain des principes directeurs de la matière pénale⁵⁴.

51. De la même façon, la distribution entre droit et économie joue techniquement en aval, à propos de l'analyse des intentionnalités et en ce qui concerne les moyens de preuve des comportements anticoncurrentiels. Les deux sont d'ailleurs liés. Si le droit de la concurrence n'est que l'instrument économique de la bonne marche du marché, alors les intentionnalités des individus ne sont pas à prendre en considération, tout d'abord parce que cela contrarie l'image de "la main visible", restée vivace malgré les critiques, ensuite parce que cela n'a aucune pertinence dans la mesure où il s'agit de sanctionner un comportement pour rétablir le bon fonctionnement du marché et non pour punir un contrevenant. La tendance générale est de faire prévaloir la conception purement économique du droit de la concurrence en ce qui concerne ces deux points⁵⁵.

⁵³M.-A. Sanson-Hermitte, *Droit européen de la concurrence, cohérence économique, sécurité juridique*, Université de Dijon, Institut de relations internationales, 1981, p.154 s.

⁵⁴V. *Infra*, n°63 s.

⁵⁵Entretien G. Canivet : *Le droit de la concurrence est à la fois du droit et de l'économie, et son originalité, c'est d'intégrer les deux. Cela n'a pas de sens de parler "d'égale importance", car le droit de la concurrence réalise la synthèse entre les notions économiques et les paramètres économiques. Ainsi, est juridique la notion d'entente : c'est une rencontre des volontés. L'entreprise, c'est une notion économique. La pratique discriminatoire est une notion mixte. Si l'on admettait qu'il ne s'agit que de l'économie, alors il faudrait en tout état de cause que ces notions économiques rentrent dans une logique juridique, pour qu'elle soient lisibles par les autorités administratives et les organes judiciaires. Mais l'interface juridique est déjà dans le droit de la concurrence, notamment par le droit des contrats.*
Quant aux preuves, et la question de savoir si la preuve, en matière de concurrence est juridique ou économique, il faut arriver à dire, avec un raisonnement sûr, que la pratique anticoncurrentielle peut être établie par la preuve économique, notamment par l'observation des comportements parallèles (cf affaire des Pâtes de bois). Le droit positif n'en est pas encore là mais s'y oriente. Mais quid de la vérification de la pertinence du raisonnement économique? Il

52. Mais la problématique dépasse largement cette question. En effet, ce sont les qualifications mêmes qui sont en jeu. Par exemple, si l'on qualifie encore l'entente comme un accord, une "rencontre des volontés"⁵⁶, il faudra démontrer l'existence de cette rencontre, même par induction au regard d'un parallélisme de comportement. Si l'entente est perçue comme un état de deux entreprises en perspective l'une de l'autre, situation telle que le marché en est affecté, le parallélisme de comportement est suffisant à justifier une sanction, afin de restaurer le marché dans son bon fonctionnement. La question du fondement des sanctions est plus cruciale encore et explique les divergences de discours très nette en ce qui concerne le droit de la concurrence et le droit pénal⁵⁷.

53. Ce même phénomène de divergence de discours que l'on peut assez aisément mettre en corrélation avec la position occupée par celui qui tient le discours apparaît plus nettement encore concernant la question de savoir si le droit de la concurrence relèverait naturellement du droit public ou du droit privé.

2. La lutte entre le droit privé et le droit public

54. La lutte entre le droit privé et le droit public apparaît très nettement sur ce qu'il est convenu d'appeler le "champ doctrinal". On pourrait même la qualifier de primaire, dans la mesure où c'est la première question qui se pose dans le débat doctrinal⁵⁸, alors que les personnalités qui sont extérieures à l'Université perçoivent cette question d'une façon nettement moins exacerbée⁵⁹, voire comme une problématique peu significative⁶⁰. Cela est en

faudrait avoir, du point de vue institutionnel, la possibilité de contredire économiquement les preuves proposées par les parties et retenues par le Conseil.

⁵⁶G. Canivet, note précédente.

⁵⁷V. *Infra*, n°63 s.

⁵⁸Ainsi, A.-S. Mescheriakoff, dans un ouvrage récent de droit public économique, débute ainsi la présentation générale et l'affirmation d'un droit public économique spécifique par les propos suivants : *ses partisans se trouvaient immédiatement confrontés au point de savoir où il se situait par rapport à la summa divisio traditionnelle du droit français, droit public-droit privé?* (*Droit public économique*, coll. "Droit fondamental", PUF, 1994, n°2, p.11).

⁵⁹Entretien J. Biancarelli : *Les droits public et privé entretiennent des rapports complémentaires, strictement nécessaires à la mise en œuvre du droit de la concurrence. D'une part, il va de soi que le droit de la concurrence s'interprétant comme un tempérament apporté à*

effet dépendant d'un corporatisme effectif⁶¹, mais encore et surtout de la façon dont se constitue l'Université, notamment le gouvernement des diplômes et des concours dans ce monde particulier.

55. D'une façon générale et sans guère d'exception⁶², les universitaires de droit public considèrent que le droit de la concurrence relève du droit public, à travers la notion d'ordre public de direction⁶³.

De l'autre côté, et c'est bien cette image qui résulte de l'analyse des documents doctrinaux menée dans un premier temps par l'étude de recherche⁶⁴, les universitaires de droit privé ont tendance à situer le droit de la concurrence dans l'appréhension générale des relations commerciales. Ainsi le droit de la concurrence s'appuierait solidement sur le droit des contrats, à travers l'analyse des accords, de la responsabilité, à travers la théorie de la concurrence déloyale qui est certes distinguée de la branche spéciale de la concurrence mais qui en est désignée comme un pan complémentaire⁶⁵. Le droit de la concurrence serait un département du droit des affaires, la doctrine étant constituée très généralement l'œuvre de commercialistes.

la liberté contractuelle, il participe de l'essence du droit privé ; d'autre part, en tant que composante de l'ordre public économique - pour des raisons tenant à la maturation économique et sociale qu'a particulièrement bien mises en évidence le doyen Ripert, à qui l'on doit le concept même d'ordre public économique -, le droit de la concurrence entretient des rapports étroits avec le droit public, à qui ... il emprunte nombre de ses concepts et avec lequel il a pour point commun principal d'être un droit d'essence prétorienne.

⁶⁰ Entretien Ch. Babusiaux, à propos de la distinction : *C'est une question typiquement française qui devient ainsi assez exotique dans le monde économique actuel.*

Entretien P. Draï : *Le droit de la concurrence relève et du droit privé et du droit public. Ce distinguo est d'ailleurs assez factice...*

⁶¹ Entretien M. Bazex : *Entre le droit privé et le droit public, il y a surtout un problème corporatiste. On ne peut bien aborder le droit de la concurrence que si l'on connaît bien le droit privé. Il est certes dommage d'ignorer le droit public, mais c'est moins grave. De toute façon, le plus important, ce sont les connaissances économiques.*

⁶² Cependant, entretien M. Bazex : *Je voudrais dire d'une façon préalable que le droit de la concurrence est une matière de droit privé, de droit commercial. Si les publicistes s'en préoccupent, c'est parce qu'un terrain juridique nouveau s'offre à eux.*

⁶³ Cf. Entretien M. Dubois : *La matière est de droit public, car les normes s'imposent à tous, au besoin par le droit pénal. C'est de l'ordre public économique, qui s'impose à tous. C'est aussi parce que la matière est appliquée par des organes de type administratif que la matière est de droit public.*

V. aussi, Pierre Delvolvé, *La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative*, Mél. J.-M. Auby, Dalloz, 1992, p.132 s.

⁶⁴ Rapport intermédiaire remis à la Chancellerie, 1993.

⁶⁵ V., par ex. Yves Serra, *Le droit français de la concurrence*, coll. "Connaissance du droit", Dalloz, 1993.

56. Il s'agit donc d'un conflit ouvert au sein de l'Université. Il n'est pas si vif dans le cadre d'autres professions, notamment celles d'avocat. Cela tient sans doute essentiellement aux césures opérées ou non dans les formations. En effet, le diplôme d'avocat est unique et il n'existe pas d'avocats de droit public et d'avocats de droit privé. Cela ne prend la forme, dans une profession unifiée, que de tendances, voire de spécialisations. Ainsi, les examens d'entrée au centre de formation ou l'examen d'aptitude à la profession ne sont pas construits sur cette distinction.

En revanche, les procédures de recrutement des universitaires sont construites autour de la distinction : l'agrégation de droit public ou l'agrégation de droit privé, pour en rester à la science positive du droit. C'est pourquoi si l'on peut admettre que la controverse autour du rattachement du droit économique au droit public ou au droit privé est un "débat idéologique daté"⁶⁶, elle est précisément très vive au sein de l'Université parce qu'elle reflète sa constitution archaïque.

57. On comprend dès lors que la question de la distinction du droit privé ou du droit public est perçue assez souvent comme une question sans grand sens et qui ne se pose pas pour la plupart des opérateurs, du fait de l'absence d'enjeux pratiques directement rattachés à la distinction. En revanche, elle apparaît aiguë dans le monde universitaire. En effet, si la matière n'est pas expressément rattachée au droit public ou au droit privé, elle ne relèverait d'aucune doctrine, puisque les professeurs sont soit de droit privé soit de droit public.... Cet archaïsme se comprend d'autant plus que le monde universitaire reste construit sur la hiérarchie des diplômes, des concours, des places au concours, etc. Cette cristallisation de la place d'un universitaire dans le monde doctrinal d'une manière précoce et quasiment définitive⁶⁷ ralentit nécessairement les remises en cause qu'entraînent la constitution de branches du droit relativement nouvelles, telle que le droit de la concurrence.

58. Dès lors, ce qui a été constitutif des études et du concours d'agrégation, à savoir la distinction du droit public et du droit privé, ne peut actuellement que

⁶⁶A.-S. Mescheriakoff, *Droit public économique*, coll. "Droit fondamental", PUF, 1994, n°3, p.14 s.

⁶⁷*Analyse sociologique de la doctrine*, Laboratoire de sociologie juridique, recherche en cours.

perdurer, sauf à remettre en cause la hiérarchie des valeurs universitaires. Il en résulte de nombreux effets pervers, parfaitement constitués pour le droit de la concurrence, mais qui existent d'une façon latente pour l'ensemble du droit. Là aussi, le droit de la concurrence sert de révélateur.

Tout d'abord, il y a dans le même temps une exacerbation des controverses doctrinales et un reflux de la doctrine en la matière. En outre, des questions essentielles restent non étudiées dans la mesure où leur rattachement au droit privé ou au droit public s'avère trop difficile.

59.- En ce qui concerne le premier point, la controverse doctrinale en droit de la concurrence se constitue suivant un critère simple mais peu probant, suivant que le professeur consacre ses travaux au droit public ou au droit privé. Il en est le plus souvent ainsi lorsqu'il s'agit de porter un jugement de valeur sur le transfert du contentieux de la concurrence du Conseil d'Etat à la Cour d'appel de Paris ou lorsqu'il s'agit de qualifier la nature des organes mis en place. En outre, la dispute doctrinale prend des tours parfois disproportionnés, du fait de la profondeur de ce qu'elle remet en cause. En ce qui concerne le deuxième point, plus préoccupant, cette règle implicite de conflit de matières engendre des conflits de type négatif.

60. Ce n'est pas en effet en termes "d'occupation de parts de marché dans le domaine doctrinal" et d'agressivité corrélative chez les savants que l'on doit nécessairement traduire la situation universitaire le plus souvent observée⁶⁸ mais, à rebours, faire état d'un sentiment inusité d'incompétence qui entraîne un recul des universitaires à l'égard du droit de la concurrence. En effet, il est encore usuel en France que les enseignants de droit privé ne s'estiment pas en charge d'une matière qui concerne l'organisation publique de l'activité économique, tandis que les enseignants de droit public ne se perçoivent pas comme techniquement compétents pour étudier une matière qui s'apparente au droit privé des contrats et des affaires. Dès lors, alors que les théories économiques globales fleurissent en la matière, d'origine essentiellement anglo-saxonne, l'émission d'une opinion doctrinale, voire la constitution d'une théorie juridique de la concurrence, est freinée par le sentiment de l'universitaire tenté de le faire qu'il n'a pas les compétences techniques pour le faire et qu'il n'a pas été formé pour cela.

⁶⁸v. *supra*, n°22 s.

61. Les conséquences en sont très graves, sur le terrain de la matière et sur celui des enseignements et des formations. Tout d'abord, des questions cruciales, telles que la place des services publics sur le marché concurrentiel, ne sont quasiment pas traitées par la doctrine universitaire juridique. Elles sont alors prises en charge par des personnes qui ne sont pas façonnées par la distinction du droit public et du droit privé, telles que les professeurs d'économie. Les professeurs de droit en sont presque absents alors que l'effort de théorisation, voire d'invention théorique, serait un point très important. Ces questions ne se développent qu'à l'échelle communautaire où la distinction didactique ne joue pas non plus. Plus encore, cela explique aussi en partie que la place des professeurs de droit est relativement marginale par rapport à celle que leur réserve le système allemand, notamment.

62. Ainsi la structuration du monde universitaire autour de la distinction initialement didactique du droit public et du droit privé heurte grandement l'exigence d'une réflexion théorique urgente et défavorise l'université. Cela est d'autant plus regrettable qu'on observera le besoin de théorisation de cette matière, afin qu'elle ne verse pas dans le réglementaire, et qu'il sera démontré plus loin que l'autorité dont peut se prévaloir un organe en charge du droit de la concurrence est une autorité de type doctrinal⁶⁹. L'université aurait donc à première vue vocation à avoir une place très importante en la matière. On ne le constate guère.

L'observation sociologique du droit de la concurrence met particulièrement en lumière les effets délétaires de la distinction du droit public et du droit privé, entrave au développement harmonieux du système juridique. On observera ainsi, dans une première conclusion sur cette question, que la question des formations⁷⁰ apparaît, dès ce stade de l'étude, essentielle et se situe en premier lieu dans l'Université, creuset de la doctrine mais aussi lieu commun de la formation des praticiens du droit.

C'est un autre type de conflits qu'engendre la confrontation du droit de la concurrence et du droit pénal.

⁶⁹V. *infra*, n°134 s.

⁷⁰V. *infra*, n°123 s.

3. L'incertitude quant au droit pénal

63. C'est sur cette question que les discours s'opposent le plus nettement, et l'on sera particulièrement sensible au fait que des opinions radicalement contradictoires sont affirmées comme s'imposant d'évidence et n'appelant pas de nombreuses justifications. Ce phénomène est relativement rare dans la mesure où, d'une façon ordinaire, l'on se dispense de justifier ce qui fait l'objet d'un consensus, ce qui est acquis - et l'on retrouve alors une même opinion reprise par tous, l'unanimité dispensant de l'argumentation - et l'on présente une motivation pour appuyer l'opinion dans l'instant qu'elle peut n'être pas partagée. Si l'on a affaire tout à la fois à des opinions non partagées et non motivées, cela ne peut qu'apparaître comme un dysfonctionnement : cela signifie que chacun croit la position qu'il adopte d'évidence et ne soupçonne pas que d'autre puisse en préférer une différente. Ce constat incite à penser qu'il conviendrait, sous une forme ou une autre, ouvrir ce débat pour que les opinions contraires se reconnaissent et se confrontent.

64. Or, une partie des personnalités interrogées affirme qu'il n'y a aucun rapport entre le droit de la concurrence et le droit pénal, sauf lorsque, formellement et par exception, une disposition expressément pénale a persisté dans la nouvelle législation. Cela est relié à deux phénomènes visés d'une façon sous-jacente : celui du rapport naturel entre le droit général et le droit spécial, mais aussi celui d'un progrès du droit de la concurrence.

Dans le premier ordre d'idée, l'on observe que le droit pénal relève du droit commun tandis que le droit de la concurrence relève d'une réglementation très spécifique qui n'a plus de rapport avec le droit très classique, qu'il soit civil ou pénal. Cela est appuyé *a fortiori* par l'affirmation selon laquelle la réglementation de l'économie ne relève pas même du juridique à proprement parler⁷¹. Ce premier argument se réfère donc à la justification logique de l'autonomie d'un droit spécial par rapport au droit général.

65. Le second argument a trait au discours de progrès de la matière : il s'agit de comparer l'état du droit de la concurrence à ce qu'il fut initialement. Ainsi,

⁷¹V. *supra*, n°36 s.

dans une première phase, présentée usuellement comme archaïque et liée à une politique dirigiste de l'économie, le droit de la concurrence était répressif parce qu'il était le bras séculier des plus hauts intérêts de la politique économique. Les intérêts fondamentaux d'une politique de reconstruction du pays, mise en place en 1945, justifiait cela⁷². Puis, référence expresse est faite à la dépenalisation du droit de la concurrence, opérée par l'Ordonnance du premier décembre 1986. Ainsi, la question ne se pose plus : le droit de la concurrence s'est défait de cette gangue, un temps nécessaire, et a atteint aujourd'hui une maturité qui relègue cette dimension intermédiaire à un simple rappel historique. On serait tenté de dire que la question des rapports entre le droit de la concurrence et le droit pénal est aujourd'hui classée. On peut affirmer d'ailleurs, au-delà des évolutions historiques, qu'il y a véritablement incompatibilité entre un droit libéral de la concurrence et droit pénal⁷³.

66. Mais l'on trouve dans le même temps un discours inverse. En effet, le caractère objectivement répressif du droit de la concurrence est revendiqué par ceux qui l'appliquent. Ce discours est particulièrement net chez les avocats, en ce qu'ils ont la charge de défendre les intérêts des entreprises poursuivies. Cela tient sans doute au fait que lorsqu'on a pour fonction de prendre fait et cause pour des personnes qui risquent d'être condamnées à de verser des sommes parfois très importantes à l'Etat, on ressent plus aisément, plus naturellement, la tournure répressive du procédé. Il faut aussi tenir compte du fait que la qualification pénale sert les intérêts défendus par les avocats et correspond à la culture judiciaire, notamment le respect des droits de la défense, en ce qu'elle implique par nature des garanties, notamment procédurales, très fortes. Ces dernières peuvent d'ailleurs prendre directement appui sur la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

⁷²V. *supra*, n°29 s.

⁷³Entretien de M. Dubois: *Parce qu'il s'agit de droit économique, le droit pénal doit disparaître. L'entreprise ne doit, sans doute, pas être l'objet d'un droit pénal. L'efficacité même du droit pénal laisse perplexe.*

Entretien de P. Draï : *Dès lors que l'on libéralise, il faut dépenaliser. Cela n'exclut pas la possibilité d'imposer des sanctions, des pénalités, notamment civiles. Le droit pénal doit rester dans sa sphère et le droit de la concurrence, dès lors qu'il tend à une libéralisation du marché, doit se retirer du droit pénal. Cela ne doit pas être un droit sanctionnateur relevant du droit pénal.*

67. Mais l'on trouve aussi l'affirmation d'une telle assimilation chez ceux qui sanctionnent⁷⁴. Cela est alors relié à la mission de service public, justifiant la puissance d'un tel instrument. Ils peuvent en effet appuyer sur un raisonnement tout à fait cohérent : les intérêts économiques fondamentaux sont en jeu ; les sanctions doivent être exemplaires. La concentration de pouvoirs au sein d'organismes *ad hoc*, non seulement pour prononcer des sanctions, mais encore pour rassembler les preuves, selon des processus s'apparentant expressément aux mesures d'instruction en procédure pénale, vont dans ce sens. C'est la hauteur de la fin - le bon fonctionnement du marché concurrentiel - qui justifie l'ampleur des moyens - la puissance répressive -.

68. On observera en premier lieu que ce discours assumant le caractère répressif du droit de la concurrence, incarné par des règles de nature administrative (sanctions par le Conseil de la concurrence pour entente ou abus de domination), voire de nature civile (sanctions des pratiques discriminatoires), est le signe d'une inversion dont est actuellement marqué le droit pénal. Elle est source de bien des ambiguïtés et semble produire bien des effets pervers.

En effet, classiquement, les règles de droit pénal interviennent pour la défense des intérêts fondamentaux de la société. Son existence a donc une justification de type tautologique. Puis, dans un premier mouvement, le droit pénal a, en quelque sorte, pris distance à l'égard de lui-même, pour venir prêter main forte à des règles non-pénales dont l'ineffectivité souciait le législateur. Cette instrumentalisation du droit pénal peut être analysée comme une dénaturation profonde, en faisant du principal un accessoire et en mettant la finalité du droit pénal hors de lui-même. Dans le même temps, par un second mouvement, les sanctions se sont développées en matière administrative, d'une façon si systématique que l'on a pu parler d'un "ordre administratif répressif"⁷⁵. Dès lors, la multiplication des normes pénales

⁷⁴Entretien F. Jenny : *Pour préserver le fonctionnement efficace de l'économie de marché, le droit de la concurrence prohibe et sanctionne certains comportements individuels ou collectifs. Ainsi il restreint, dans certains domaines, la liberté individuelle des offreurs de biens et de services au nom de l'ordre public économique. Il y a donc un aspect quasi-pénal dans le droit de la concurrence.*

⁷⁵M. Dobkine, *L'ordre administratif répressif*, D.1993, chron., p.157 s.

correspondait à une instrumentalisation de ce droit, à une sorte de civilisation du droit pénal tandis que la répression proprement dite, selon un procédé tautologique prenait place ailleurs, par exemple dans les sanctions administratives organisées par le droit de la concurrence. On comprend dès lors que le terme de "pénal" soit devenu ambigu pour la personnalité interrogée, ce qui est expliqué aussi en partie le caractère à la fois peu justifié et opposé des réponses recueillies.

69. On observera en second lieu que le droit de la concurrence relève, à travers l'examen du droit positif et des réponses formulées lors de la présente enquête, d'une conception d'un droit pénal objectif, construit d'une façon quasiment intuitive sur le modèle de la théorie de la défense sociale. On sait que, selon cette théorie organistique mise en place principalement par le médecin LOMBROSO, la société, le bien-nommé "corps social", est composée d'individus qui en sont autant de cellules. Dès l'instant qu'un degré significatif de dangerosité d'un individu est perçu, notamment par le fait de l'acte criminel mais aussi indépendamment de lui, ou mieux avant lui, alors l'individu doit être éliminé de la société, comme on souhaite que le soient les cellules infectées.

Dans les discours retenus lors de la présente enquête, c'est un raisonnement semblable qui est agencé. En effet, le marché apparaît comme un organisme autonome et suffisant, faussé par des structures ou des comportements incompatibles avec lui et constitutifs de danger pour lui. Ainsi, la potentialité de l'effet négatif sur le marché suffit à justifier la sanction. De la même façon et contrairement au droit pénal classique, la preuve de l'intentionnalité de l'acteur économique n'est guère ressentie comme une exigence qu'il convient de poser fermement. Dans un système de répression objective, cela paraît assez superfétatoire.

70. Certes, on sait que le nouveau Code Pénal a affirmé le caractère nécessairement intentionnel des infractions, mais la circulaire d'application a précisé tout aussitôt que l'intentionnalité devrait toujours être présumée pour les professionnels⁷⁶... Certes, on sait que la Cour de justice des communautés européennes, dans l'arrêt des Pâtes de Bois, a mis le hola à la tendance de la Commission de se contenter d'un constat objectif d'un

⁷⁶Circulaire du 14 mai 1993, Livre I, Titre II, chap. 1er, C.

parrallélisme de comportement sur un marché holigopolistique pour sanctionner une entente, la Cour refuser la pertinence de cette preuve économique et objective pour exiger une preuve juridique et subjective afin de justifier la sanction. Mais l'on sait que le droit de la concurrence privilégie, du moins à titre de présomption simple, l'analyse micro-économique comme mode de preuve.

71. Or, les théories de défense sociale ont fait l'objet de critiques décisives, dans la mesure où elles constituent de fait une rationalisation d'une mainmise du système social - ici le système économique, auquel on a actuellement tendance à réduire le système social - sur les individus. A ce titre, ces courants objectivistes représentent un danger majeur pour les libertés. De semblables observations sont susceptibles d'être faites au regard des doctrines sous-jacentes de répression objective des comportements anti-concurrentiels. Le fait que les justiciables soient ici des entreprises et non des individus n'affaiblit pas la remarque dans la mesure où l'on peut rappeler que les entreprises sont des personnes titulaires de droit, bénéficiaires notamment, à ce titre, de droits de l'homme ainsi que l'a posé la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. On retrouve alors la problématique largement débattue actuellement, en raison des innovations du nouveau Code pénal en ce sens, des fondements de la responsabilité pénale des personnes morales.

72. Plus encore, si l'on devait admettre, en ce qui concerne la matière, que la théorie organistique du marché justifierait une répression objective, à travers notamment la dispense de recherche d'intentionnalité et la suffisance du parrallélisme de comportement en tant que preuve des ententes⁷⁷, une question cruciale se pose au rang des organes en charge de son application. En effet, le droit de la concurrence est alors un parfait exemple de ce que l'on appelle la répression administrative, en plein développement mais qui n'a pas été sans susciter des opinions dont la réserve est significative, au regard des droits de la défense et des impératifs démocratiques notamment⁷⁸.

⁷⁷V. *supra*, n°52.

⁷⁸V. *supra*, n° 12. ; entretien de Ph. Rinciaux : *Il demeure que la matière du droit de la concurrence est unematière qui concerne aussi l'intérêt général et non pas simplement les intérêts particuliers, et au même titre que l'intérêt général doit être protégé, le marché doit être protégé. Les juridictions judiciaires m'apparaissent comme les mieux à même de le faire ;* le

73. On relèvera, dans une première conclusion sur cette question, que la perception de cette question de fond par les différents acteurs du droit de la concurrence manque de cohérence. Cela signifie pratiquement qu'il serait de bon aloi dans ces conditions d'organiser une rencontre sur ce thème pour que les discours, pour l'instant parallèles, puissent s'agencer dialectiquement les uns par rapport aux autres.

C'est en revanche d'un front assez uni que le droit commun est relégué par ceux qui pratiquent le droit de la concurrence.

4. L'offensive à l'égard du droit commun

74. La spécificité du droit de la concurrence est affirmée haut et fort, d'ailleurs non sans une certaine fierté : le droit de la concurrence est affaire de spécialistes! Cela est justifié en amont notamment par la dimension, plus ou moins exclusive, de l'économie dans la matière⁷⁹. Cela justifie en aval l'affirmation selon laquelle le droit de la concurrence est au-delà de la distinction du droit public et du droit privé⁸⁰.

Dès lors, il n'y a plus de place pour le droit commun, dans une logique d'exclusion qui fonde d'autant plus le droit de la concurrence et l'exclusivité. En effet, pour reprendre une image familière à la matière, il y a alors des sortes de barrières à l'entrée, qui font qu'il existe un "pré carré" du droit de la concurrence. Cela vaut aussi bien pour les magistrats, que pour les avocats, que pour les universitaires. Dans chacune des catégories professionnelles, on observera que tout à la fois les noms des spécialistes sont connus, sont aisément et fréquemment cités lors des entretiens, mais sont relativement peu nombreux. S'est ainsi constitué une sorte de club. La matière se construit alors sur le mode de l'intimité et de la confidentialité, de l'initiation et du parrainage, bref de la chasse gardée. On ne peut s'empêcher de mesurer l'analogie qui existe ainsi entre le droit de la concurrence et le droit de l'arbitrage.

jugement des infractions pénales, et leur sanction, relève du même type de mission. V. aussi, par ex., M.-A. Frison-Roche, "Les droits de la défense en matière pénale" in Droits et libertés fondamentaux, Dalloz, 1994.

⁷⁹V. *supra*, n°28 s.

⁸⁰V. *supra*, n°54 s.

75. Sans aller jusqu'à noircir le tableau et poser *a priori* que le droit s'en trouve perverti par une aliénation totale des acteurs du fait de leur désir de puissance et leur alliance objective de stratégie d'intérêts⁸¹, il demeure que le caractère si étroit et excessivement stable du cercle de personnalités qui ont en main la matière, à un titre ou à un autre, engendre de nombreux effets pervers, à propos desquels des solutions concrètes doivent être pensées.

Tout d'abord, les personnalités en charge de la matière sont extrêmement au fait des règles applicables et des décisions pertinentes. En raison de l'absence de hiérarchie, ces dernières sont d'ailleurs toutes postulées comme pertinentes⁸². Mais en raison d'un contact sans doute insuffisant avec l'extérieur, se développent une terminologie peu compréhensible pour le commun des juristes, et des débats s'instaurent mais ne peuvent se dérouler qu'entre spécialistes, dans la mesure où les éléments de base y sont sous-entendus. Cela engendre un accroissement pervers de la technicité. Celle-ci n'est pas toujours bonne, malgré une certaine idéologie qui mesure le progrès d'une matière à sa complexité, à sa technicité et à son éloignement toujours plus grand du savoir commun, fût-il juridique. Mais cela rend aussi la matière ésotérique et incompréhensible de l'extérieur, ce qui a pour effet de l'étouffer et de la scléroser.

76. On mesure alors un appauvrissement du débat fondamental, en raison de l'enfermement de la matière, recroquevillement dû essentiellement à un cercle trop étroit de personnes pour en parler. Dès lors, cette absence d'ouverture sur l'extérieur a plusieurs inconvénients. Le premier réside dans le fait que les questions naïves, celles qui précisément ont pour effet heureux d'ouvrir le débat, ne sont pas posées dans un monde convenu. En l'absence de ces questions candides que pourraient poser le théoricien ou le civiliste, forts de leur ignorance, la matière souffre d'un manque de refondation théorique, alors que les présupposés ont nécessairement changé depuis 1986. L'enjeu en est sans doute entre une matière construite comme une réglementation, amas de règles techniques sans *ratio decidendi* nette, règles mémorisées et assimilées par le petit nombre de personnes qui y consacre la totalité de leur vie professionnelle, et une matière conçue comme un droit cohérent et

⁸¹Cf Y. Dezalay, préc.

⁸²V. *supra*, n°14 s.

autonome, systématique et apte à être saisi par tout "honnête juriste", pour évoquer l'image de l'honnête homme.

77. Le second inconvénient réside dans le fait que le droit de la concurrence n'est guère relié au reste du système juridique⁸³. Il y a ainsi une hétérogénéité trop grande entre le droit de la concurrence et le droit des obligations⁸⁴, le droit de la consommation⁸⁵, le droit des propriétés intellectuelles⁸⁶, le droit des sociétés. Cela vient aussi du fait que si l'on affirme haut et clair que la matière n'est économique⁸⁷, il devient alors difficile d'affirmer dans le même temps que le droit de la concurrence est une branche juridique comme une autre qui doit s'insérer dans le système juridique qui met en corrélation chacune des règles avec les autres. Cette ignorance posée comme légitime, indifférence que la réalité du contentieux rend pourtant difficilement soutenable, est confortée par le fait que les personnes en charge du droit de la concurrence n'ont pas toujours eu une formation juridique systématique⁸⁸.

78. Mais un tel discours, pourtant assez unanime, incite à une hétérogénéité grandissante et dont souffre le système juridique. Ainsi, comme une sorte de tectonique des plaques, le droit de la concurrence s'éloigne du reste du système juridique. Lorsqu'un face-à-face entre ces différents corps de règles est opéré⁸⁹, c'est pour constater une incompatibilité fondamentale. Dès lors, puisqu'une antinomie est posée du fait même de la conception de la matière, se construit d'une façon résurgente une problématique de hiérarchie⁹⁰. En effet, si le droit de la concurrence ne veut pas prendre en considération des

⁸³B. Oppetit, *Droit commun et droit européen*, Mélanges Loussouarn, Dalloz, 1993, p.

⁸⁴F. Dreifuss-Netter, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, RTD civ., 1990, p.369 s.

⁸⁵V., cep., J. Calais-Auloy, *L'ordonnance du 1er décembre 1986 et les consommateurs*, D.1987, chron., p.137 s. ; Y. Serra et J. Calais-Auloy (dir.), *Concurrence et consommation*, Dalloz, 1994.

⁸⁶V., cep. l'avancée du droit communautaire sur ce point, telle qu'exposée notamment par B. Goldman, A. Lyon-Caen et L. Vogel, *Droit commercial européen*, 5ième éd., Précis Dalloz, 1994, n°633 s., p.503 s. ; v., aussi, *Concurrence et propriété intellectuelle : le problème de la mise sur le marché des produits intermédiaires*, Ateliers de la Concurrence, DGCCRF, 19 mai 1994.

⁸⁷V. *supra*, n°28 s.

⁸⁸Sur la question générale des formations, v. *infra*, n°123 s.

⁸⁹Cf les propos symptomatiques dans ce sens du premier Atelier du droit de la concurrence, organisé par la DGCCRF, *Concurrence et propriété intellectuelle*, préc. .

⁹⁰V. *supra*, n°7 s.

rationalités exprimées selon des prémisses différentes par d'autres corps de règles, s'il décide donc d'y demeurer aveugle, il est inévitable de faire retour au critère extérieur de la supériorité hiérarchique, procédure qui dispense de l'examen du contenu des règles ainsi agencées formellement les unes par rapport aux autres.

79. On comprend ainsi pourquoi le droit de la concurrence est perçu comme une matière impérialiste qui voudrait dominer les plus anciennes matières juridiques. Le droit de la concurrence se trouve encombré par des perspectives hétérogènes, nées dans d'autres branches du droit et antinomiques avec sa propre logique⁹¹. Il est ainsi symptomatique qu'il soit conseillé aux praticiens de se situer soit sur le terrain du droit de la concurrence, soit sur le terrain du droit des obligations, mais pas sur les deux à la fois, sauf à brouiller le débat et à être soupçonné de vouloir jouer sur les deux tableaux⁹².

80. Dans ces conditions, il faudrait sans doute travailler à une sorte de réconciliation. En effet, toutes les branches du droit, à travers la voix de leurs techniciens, sont affirmées comme spécifiques, donc antinomiques aux autres et n'étant correctement prises en charge que par des spécialistes patentés. Ce sont des discours parallèles, affirmé d'autant plus vivement en droit de la concurrence qu'il fait état d'une logique économique a-juridique⁹³. Mais l'on a souligné, à cette occasion, que ces affirmations n'étaient pas exemptes d'une certaine rhétorique et pouvaient être sujettes à caution. En outre, cela nuit considérablement à la rationalité du système juridique, qui y perd la cohérence de ses règles et la prévisibilité de ses jugements. De ce fait, il altère aussi sa crédibilité vis-à-vis des opérateurs économiques, notamment⁹⁴.

⁹¹Entretien d'Olivier Douvreur, magistrat : *Le droit de la concurrence relève autant de la matière juridique que de la matière économique. S'agissant, au contraire, du contrat, la dimension juridique peut être dans une certaine mesure, indifférente à la dimension économique. On pourra apprécier la validité juridique du contrat, sans en faire une analyse économique. La démarche est différente en droit de la concurrence. Celui-ci n'est pas un droit des actes juridiques, mais un droit des phénomènes économiques, et, en premier lieu, du marché. Il n'est, dès lors, pas possible de raisonner autrement que sur ces réalités économiques qu'il faut passer au crible du juridique.*

⁹²Propos tenus lors d'un atelier d'économie industrielle du Ministère de l'Économie et des Finances.

⁹³V. *supra*, n°28 s.

⁹⁴V. *supra*, n°12 s.. V., *cep.*, *infra*, n°112 s.

81. Ainsi, en travaillant sur la matière du droit de la concurrence, les institutions peuvent concevoir d'une façon à la fois plus harmonieuse et plus développée cette branche, en commençant par en mesurer moins radicalement la spécificité. L'insertion du droit de la concurrence dans le projet du nouveau Code de commerce, indépendamment de l'abandon pour l'instant de celui-ci, va dans ce sens. Il est en outre certain que l'Université doit prendre sa part à un tel recadrage, par un enseignement tout à la fois plus répandu et moins aigu du droit de la concurrence dans le *cursum* ordinaire des étudiants en droit.

82. Mais, à travers les textes et les discours, le droit de la concurrence ne se conçoit pas seulement comme une matière ; il s'impose avant tout comme un instrument qui prend son sens par les finalités qu'il sert. Son instrumentalisation, loin d'être un amenuisement, est une justification supplémentaire pour conférer des pouvoirs importants aux organes en place, en raison de l'impératif de leur mission.

B. L'AFFIRMATION D'UNE SPÉCIFICITÉ DE LA MISSION JUSTIFIANT LES POUVOIRS DES ORGANES

83. Le droit d'une façon générale déploie ses normes au regard des objectifs que le pouvoir politique lui assigne. Ainsi, classiquement, la volonté du législateur donne un sens aux dispositions qu'il impose et constitue un guide d'interprétation. Actuellement, ces observations ont changé de niveau dans la mesure où il ne s'agit plus seulement de méthode de découverte de sens⁹⁵ mais des règles elles-mêmes normatives. Ainsi les objectifs de la loi sont intégrés dans le texte des lois et contraignent le juge qui les applique⁹⁶. Le droit de la concurrence est déjà conçu comme un corps de règles qui, non seulement ne se comprend, mais encore ne s'applique, qu'au regard des

⁹⁵cf. *La découverte du sens en droit*, Association française de Philosophie du droit, 1991.

⁹⁶*Le recours aux objectifs de la loi dans son application*, Association internationale de méthodologie juridique, 2 tomes, Story Scientia, 1991, 1992.

objectifs. En cela, il préfigure l'instrumentalisation du droit ayant vocation à lui donner une légitimité purement technique⁹⁷.

84. Il n'est donc pas étonnant que les personnalités interrogées se réfèrent très naturellement à la fonction du droit de la concurrence. Elle est la première source de légitimité du pouvoir des organes en question. Mais, suivant l'organe considéré, ce sont des finalités différentes qui sont susceptibles d'être invoquées⁹⁸. Dès lors, on est tenté d'y voir des discours divergents de légitimité, remettant en cause la cohérence de la matière.

Il pourra s'agir d'évoquer une mission d'intervention économique (1), d'affirmer une mission de surveillance d'un mécanisme identifié comme la loi du marché, qui ne dépend pas des normes et organes mis en place (2) mais qui permettent à ces derniers de disposer de pouvoirs très importants pour procéder éventuellement à la restauration de cette loi (3) ou encore, d'une façon plus nouvelle sans doute, de poser l'existence d'une mission déontologique (4).

1. La persistance implicite d'une mission d'intervention économique

85. Le changement substantiel intervenu en 1986 interdit que soit revendiquée expressément une fonction interventionniste. Cela n'est plus soutenable dans un concept libéral. Cependant, à travers la notion d'ordre public économique, voire de droit public économique⁹⁹, l'administration ou les organes persistent à s'assigner un rôle directeur. La proximité du droit public économique avec les politiques publiques économiques, d'une part, avec les services publics industriels et commerciaux, d'autre part, incite à la confusion. En outre, interfère dans cette perspective les conflits entre droit privé et droit

⁹⁷Ch. A. Morand, *Les figures de la légalité*, Publisud, 1992. V. aussi, sous sa direction, *L'évaluation législative et les lois expérimentales*, PUA, 1993.

⁹⁸Sur l'idée que les concepts cadres du droit de la concurrence ne doivent pas faire l'objet d'une définition pour mieux voir fluctuer leur sens en fonction des changements de finalité, v. J. Schapira, G. Le Tallec, J.-B. Blaise, *Droit européen des affaires*, préc., p.78 : ... *le rôle des concepts cadres peut varier, selon le traité, selon l'époque, en fonction de l'évolution des impératifs généraux auxquels ils servent de relais.*

⁹⁹A. de Laubadère et P. Delvolvé, *Droit public économique*, 4^{ème} éd., Sirey, 1983 ; A.-S. Mescheriakoff, *Droit public économique*, préc. V., aussi, D. Truchet, *Réflexions sur le droit économique public en droit français*, RDP 1980, p.1009 s.

public¹⁰⁰, dans la mesure où l'affirmation interventionniste annexe à coup sûr le droit de la concurrence au droit public.

86. Mais la volonté du législateur de 1986 est si nette et l'aspiration libérale du droit communautaire si marquée qu'il n'est guère question de revendiquer un tel pouvoir d'intervention¹⁰¹. C'est donc un pouvoir d'intervention médiat qui est revendiqué à travers l'ordre public économique. En effet, puisque le marché concurrentiel est la clef de voûte de l'économie libérale, et que cette dernière permet de fournir au monde occidental un fondement alternatif au contrat social¹⁰², alors toute atteinte au marché met en péril la société, dans sa fondation même. Dès lors, toute menace ou toute entrave au libre jeu de la concurrence atteint les intérêts fondamentaux du corps social, heurte donc l'ordre public de direction¹⁰³ et justifie l'intervention des organes, sur le mode le plus autoritaire puisqu'il s'agit d'une manifestation répressive¹⁰⁴.

87. C'est bien d'une façon afférente à cette problématique que s'est posée la question de savoir si les organes en charge de la concurrence pouvaient, par ce biais, sanctionner une structure de marché anticoncurrentielle, notamment dans l'hypothèse d'un marché oligopolistique¹⁰⁵. En effet, la tentation est grande, notamment pour la Commission des communautés européennes d'intervenir lorsque le marché lui-même ne permet pas un libre jeu de la concurrence dans son cadre. La prohibition des ententes, voire des abus de domination collective¹⁰⁶, peut alors être utilisée à cette fin, même si le parallélisme de comportement n'est pas rattaché à une volonté des agents économiques mais a pour cause le marché lui-même. Ainsi, les organes pourraient contrôler la structure même des marchés, comme le pouvoir administratif pouvait en disposer du temps de l'économie administrée. La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes y a mis un frein, mais ce mouvement est exemplaire en lui-même d'une tendance

¹⁰⁰v. *supra*, n°54 s.

¹⁰¹v. *supra*, n°30 s.

¹⁰²P. Rosanvallon, *La formation du concept de marché au XVIII^e siècle*, Thèse EHESS, 1978.

¹⁰³v., princip., G. Fargat, juriste de droit privé, mais favorable à l'interventionnisme étatique, *L'ordre public économique*, LGDJ, 1963 ; "La notion de droit économique" in *Droit et économie*, préc., p. 27 s.

¹⁰⁴v. *supra*, n°63 s.

¹⁰⁵A. Perrot et L. Vogel, *Entente tacite, oligopole et parallélisme de comportement* JCP, éd. E, 1993, I, 299.

¹⁰⁶*Les abus de domination collective*, bull. Europe,

résurgente à l'interventionnisme, de la part des organes du droit de la concurrence.

Ce qui est plus usuellement affirmé par les organes, c'est la charge d'une mission de surveillance du marché.

2. L'affirmation centrale d'une mission de surveillance du marché

88. Chacun est d'accord sur la définition du droit de la concurrence, dont on souligne l'existence à première vue paradoxale, qui vise à maintenir le libre jeu du marché concurrentiel. Ainsi le droit doit faire en sorte que le marché puisse fonctionner selon ses propres lois. Pour cela, le droit ne doit pas imposer au marché une autre loi que la sienne et concevoir une autre organisation des rapports économiques. La fonction du droit de la concurrence est de maintenir ce libre jeu qui engouffre les entreprises et finalement le marché s'il fonctionne sans limite. Il s'agit d'empêcher que trop de concurrence ne tue la concurrence. Dans son rôle de garde-fou, le droit de la concurrence est alors perçu comme devant sanctionner les phénomènes de déviance.

89. Dès lors, la première mission des autorités est de veiller sur le bon fonctionnement du marché. Or, le droit français n'a pas atteint en cela la performance allemande. On sait en effet qu'en France, contrairement à l'Allemagne, il n'existe pas d'organisme surveillant d'une façon permanente les différents marchés et non par à-coups ou par sondage, voire par dénonciation. Les organes administratifs présents procédant à première vue selon cette dernière méthode, essentiellement faute de moyens, il y a nécessairement de l'approximation et du hasard dans un contrôle que l'on présente volontiers sous un jour scientifique, réplique de l'objectivité que l'on prête à l'économie.

90. On comprend alors l'importance sociologique première des mécanismes d'enquête et l'on peut faire deux observations à ce titre. Dans un premier aspect, on note que le Conseil de la concurrence ne dispose pas plus que les juridictions de services d'enquête intégrés. C'est l'administration traditionnelle, à travers le service de la DGCCRF, qui mène les enquêtes.

Ainsi, alors qu'on aurait pu penser à désigner le Conseil de la concurrence comme l'organe détenant le pouvoir le plus effectif, dans la mesure où les sanctions sont entre ses mains - certes sous le contrôle des juridictions judiciaires à travers notamment le contrôle de proportionnalité -, on constate que l'organe le plus puissant en la matière semble bien être la haute administration, parce qu'elle possède le pouvoir d'enquête.

91. Si l'on associe à ce premier constat - montrant que le pouvoir d'enquête est un pouvoir non pas accessoire, mais bien principal - l'observation selon laquelle l'administration dispose en outre du pouvoir de saisine du Conseil de la Concurrence, et du juge ordinaire, lorsqu'il s'agit de pratiques discriminatoires, et qu'elle peut se flatter encore d'un pouvoir doctrinal exprimé régulièrement par des publications spécifiques, il apparaît alors sans doute que la haute administration tient le haut du pavé en droit de la concurrence, alors même que la tradition judiciaire est évoquée fréquemment.

92. Cela tient certes à une capacité de la haute administration à très bien "communiquer", sur le terrain doctrinal notamment, en étant toujours présente dans les manifestations scientifiques et en étant souvent à l'origine des plus importantes d'entre elles. Mais il ne s'agit pas que de discours ou de stratégie. En effet, le droit de la concurrence est à l'image de son objet, phénomène réflexif que l'on a pu observer en droit de la faillite¹⁰⁷: sont en position dominante les organes qui ont des capacités organisationnelles et financières supérieures à celles des autres.

93. Ainsi, le droit de la concurrence est un droit fort coûteux, que l'on pourrait qualifier de "luxueux". Les avocats qui soutiennent les entreprises en la matière appartiennent le plus souvent à des structures très performantes. Mais cela est vrai également pour les organes non directement liés au marché des entreprises relevant du contrôle des pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, pour arriver à détecter les anomalies sur un marché, pour mener les enquêtes permettant de rassembler les preuves, pour mettre au point les analyses micro-économiques aptes à déterminer notamment le marché pertinent, il faut avoir des moyens en personnel et en

¹⁰⁷F. Terré, *Droit de la faillite ou faillite du droit*, Rev. jur. com. 1991, p.1 s.

infrastructure que la haute administration semble le mieux posséder, par rapport aux autres organes.

94. Ainsi, si l'on devait considérer que l'administration devrait avoir un pouvoir moindre, en considération notamment du fait qu'il ne doit plus avoir retour, fût-ce d'une façon larvée, à l'économie administrée¹⁰⁸, il faudrait alors non pas tant redistribuer les pouvoirs ou modifier les textes et les déclarations de principe, mais doter matériellement les organes dont on voudrait voir développer l'autorité de moyens effectifs de surveillance des marchés. Il en est ainsi notamment du Conseil de la Concurrence et du juge judiciaire.

L'autre possibilité technique concevable, si une politique juridique était posée dans ce sens, serait de subordonner les moyens d'instruction de l'administration non seulement au Conseil de la concurrence mais encore au juge ordinaire qui pourrait en requérir l'expertise quand il le jugerait nécessaire, selon une relation ordinaire de celui qui doit juger et sanctionner par rapport à l'expert, c'est-à-dire celui qui prête sa compétence technique à la réalisation de la justice¹⁰⁹.

En toutes hypothèses, il conviendrait d'imposer que, là où réside le pouvoir essentiel, c'est-à-dire dans l'exercice du pouvoir de surveiller le marché et de rechercher les faits anticoncurrentiels, soient assurées les garanties fondamentales des entreprises, notamment les droits de la défense et l'effectivité du contrôle du juge judiciaire.

3. L'affirmation corrélatrice d'une mission de restauration du marché

95. Le droit de la concurrence a pour finalité le fonctionnement harmonieux et autonome de la loi du marché et la mission de surveillance du marché est elle-même un intermédiaire pour assurer l'effectivité de ce libre jeu de la concurrence. En cas d'entrave, les autorités doivent donc assurer le retour au fonctionnement libre et naturel du marché.

Ce raisonnement a pour objet de justifier les sanctions. Elles sont notamment calculées en fonction du "dommage à l'économie", laquelle prend ainsi la place objective et paradoxale de "victime". Cela n'est pas sans évoquer

¹⁰⁸V. *supra*, n°30 s. et n°85 s.

¹⁰⁹V. *supra*, n°50.

l'animisme que l'on trouve dans la conception organistique de l'école répressive de la défense sociale, pour laquelle la société est comme un corps humain, comme une personne, théorie dont on a montré précédemment la présence sous-jacente en droit de la concurrence¹¹⁰. Les amendes sont ainsi la simple restauration du marché et non pas une punition infligée à celui qui a méconnu la règle et dont il s'agirait de tirer les conséquences de sa culpabilité¹¹¹.

96. L'affirmation d'une telle mission a de nombreux avantages pour l'administration ou le Conseil de la concurrence.

En premier lieu, elle s'impose avec la force de l'évidence qui sied à tout raisonnement syllogistique : l'autorité de marché surveille le marché et restaure l'accroc fait à son bon fonctionnement en cas de besoin. En second lieu, l'affirmation est particulièrement neutre, puisqu'elle bénéficie de l'objectivité du marché sur lequel elle prend appui¹¹². En troisième lieu, elle justifie les pouvoirs les plus étendus au bénéfice des organes poursuivant les entreprises puisque c'est le marché qui est en jeu, le marché étant aujourd'hui le fondement politique le mieux accepté par le corps social. En quatrième lieu, elle permet aux mêmes organes d'échapper aux règles traditionnelles du droit pénal, ainsi implicitement évincé.

Malgré le consensus qu'elle semble rencontrer, cette opinion pourrait faire l'objet d'un débat plus critique¹¹³.

4. L'affirmation résiduelle d'une mission déontologique, indépendamment du marché

97. Enfin, alors qu'il est affirmé souvent que la dimension morale est absente du droit de la concurrence¹¹⁴, on note aujourd'hui l'apparition d'un discours moraliste à la structure très différente. Cela brouille singulièrement la

¹¹⁰V. *supra*, n°69 s.

¹¹¹V., notamment l'opinion exprimée en ce sens par Monsieur le Président Pierre Laurent, lors d'une intervention à l'Institut La Boétie, en 1992.

¹¹²V. aussi dans ce sens, *supra*, n°53 s.

¹¹³V. *supra*, n°63.

¹¹⁴Entretien de M. Dubois : *Le premier stade est donc l'interdiction, car l'on estime que les pratiques sont, par essence, restrictives du libre jeu de la concurrence. Il ne s'agit pas de porter un quelconque jugement éthique en la matière et d'estimer que c'est bien ou mal de restreindre la concurrence. L'on se fait certes sanctionner pour cela, mais ce n'est pas l'effet d'un jugement moral. C'est un système purement objectif.*

distinction entre la sanction des comportements anticoncurrentiels, rétablissement objectif d'un marché affecté et celle de la concurrence déloyale, punition d'un concurrent qui s'est mal comporté au regard des usages honnêtes du commerce¹¹⁵.

98. Cette distinction opère elle-même des effets directs sur la répartition des pouvoirs entre les différents organes. En effet, le contrôle objectif du fonctionnement du marché peut revenir à des organismes spécialisés et non forcément au juge ordinaire, dont l'office est de trancher les litiges entre intérêts particuliers¹¹⁶. Mais la sanction des déloyautés des personnes privées - car on semble encore actuellement exclure la perspective d'une action en concurrence déloyale contre les personnes publiques - relèverait en revanche de l'office naturel du juge judiciaire ou administratif. En effet, on s'accorde à poser le juge ordinaire a en charge de réaliser, non seulement le droit objectif mais encore, à travers ce dernier, la justice et l'équité, en sanctionnant notamment les comportements fautifs et déloyaux, sans qu'il soit pertinent de prendre en considération d'une façon quelconque le marché. En conséquence, si une perspective éthique doit être adoptée, le contrôle du juge s'impose plus naturellement que l'intervention de l'administration.

99. Mais il est vrai qu'il n'y a rien de plus fondateur et, tout à la fois, de plus rhétorique, qu'un discours de vertu. C'est à quoi se pâmera le premier du manteau de vertu pour assommer les autres... On comprend dès lors que cette ligne de partage, entre une administration technicienne en charge de la bonne marche de la machine concurrentielle et un juge gentilhomme en charge de la moralité élémentaire des personnes qui y évoluent, présentation certes manichéenne, semble depuis peu être remise en cause par l'administration. Celle-ci fut à l'origine d'un avant-projet de loi visant à sanctionner les pratiques déloyales entre opérateurs économiques. Sans qu'il soit nécessaire dans le cadre de ce présent rapport d'examiner au fond cette initiative, sans doute concrètement sans lendemain mais dont certains axes ont été repris par d'autres avant-projets, d'origine parlementaire, il suffit

¹¹⁵V., not., M.-A. Frison-Roche, *Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme*, RJDA 1994, p.483 s.

¹¹⁶V. *supra*, n°36 et 45 s.

d'observer sociologiquement qu'il s'agit d'une nouvelle mission que s'assigne l'administration : la sauvegarde de la morale commerciale.

100. Le discours éthique est, ici comme ailleurs et plus particulièrement dans le monde des affaires, le moyen d'attirer à soi un pouvoir plus étendu et plus diversifié. Sans qu'il s'agisse ici d'examiner la question philosophique de savoir si le marché contient sa propre capacité éthique¹¹⁷, ou s'il est au contraire impérieux de le contraindre en y infiltrant de force des exigences éthiques qui lui sont étrangères, on notera simplement que l'adoption d'un tel discours qui s'affirme indépendamment du fonctionnement du marché de la part d'organes jusqu'ici cantonnés à une surveillance de ce dernier est le meilleur support pour une prétention à une extension de compétence. Les réactions vives que le texte a suscitées s'expliquent aussi en ce que cette finalité nouvelle revendiquée par une administration qui tenait jusqu'ici sa légitimité de la surveillance du marché a constitué comme un choc dans l'agencement assez rôdé des discours de légitimité des différents pouvoirs normatifs.

101. Mais toutes ces observations, appuyées sur l'analyse des documents et des discours, principalement ceux exprimés librement par les personnalités interrogées, sont insuffisantes en ce qu'elles donnent une image agressive, voire violente des rapports que les pouvoirs normatifs entretiennent entre eux, dès l'instant qu'une hiérarchie n'existe pas pour faire se soumettre l'organe hiérarchiquement inférieur. Il faudrait alors en conclure qu'il conviendrait d'unifier les sources de droit, les normes générales et les normes individuelles, et de restaurer un modèle hiérarchique s'imposant comme le seul praticable, malgré l'affaiblissement de ses assises théoriques¹¹⁸.

102. Mais le fait que des organes cherchent à poser leur légitimité, à justifier le pouvoir qu'ils exercent, ou plus simplement encore désirent comprendre la mission qui leur est dévolue, est un phénomène assez naturel et sain, permettant ainsi aux institutions de se constituer une sorte de personnalité, ce qui a le mérite notamment d'instaurer une certaine transparence au bénéfice des justiciables.

¹¹⁷V., not., A. Sen, *Éthique et économie*, coll. "Philosophie morale", PUF, 1994.

¹¹⁸V. *supra*, n°7 s.

Plus encore, l'agressivité, fût-elle latente, n'est pas la règle qui gouverne les pouvoirs normatifs. L'on note qu'il y a aussi référence spontanée à la mission dont les autres pouvoirs sont chargés, sans qu'une antinomie entre les deux organes concernés en résulte. C'est pourquoi il faut reconnaître, dans une appréhension positive et pratique, que la situation initiale, dans laquelle les organes anciennement ou nouvellement mis en place se "regardaient en chiens de faïence", s'efface devant la mise en place de compétences reconnues comme complémentaires entre des pouvoirs normatifs qui s'ajustent ainsi les uns par rapport aux autres.

II. LA MISE EN PLACE DE COMPÉTENCES RECONNUES COMME COMPLÉMENTAIRES ENTRE DES POUVOIRS NORMATIFS AJUSTÉS

103. L'analyse des discours, lesquels sont nécessairement de pouvoir, émis par les organes en cause, observation menée dans la première partie de ce travail de synthèse, n'invalide pas la remarque selon laquelle ces discours ne sont pas extrêmes mais reconnaissent assez volontiers les différents organes, et la légitimité de leur existence et de leur moyen d'action. Cette reconnaissance, au sens plein du terme, permet l'ajustement spontané de pouvoirs normatifs, malgré leur absence de rapport hiérarchique, voire grâce à cette absence (A). Dès lors, cet ajustement s'opère sur le mode de l'autorité d'un organe telle qu'elle est reconnue par les autres, selon le modèle de la logique discursive, ce qui met alors au premier plan la question des formations et des rencontres entre les personnalités qui animent les organes (B). L'ensemble montre dialectiquement que l'enjeu sociologique est de nature doctrinal (C).

A. L'AJUSTEMENT SPONTANÉ DE POUVOIRS NORMATIFS NON HIÉRARCHISÉS

104. On observe ainsi dans chacun des discours la reconnaissance spontanée de la légitimité des autres organes (1). Cela augure la mise en place d'une autorité positive et interactive des organes les uns par rapport aux autres (2).

1. La reconnaissance de la spécificité des autres organes

105. Le droit de la concurrence est perçu comme un droit particulièrement complexe, assez peu lisible. Cela tient au fait qu'il conserve des traces d'un passé relativement différent, afférent à une volonté d'administration de l'économie aujourd'hui révolue¹¹⁹, qu'il entretient des rapports très ambigus avec la matière pénale¹²⁰, qu'il est sujet à des hypothèses d'extension hors de son champ initialement posé par rapport au marché¹²¹ et qu'il est très dépendant de la question de la qualification juridique ou économique de la matière¹²².

Dès lors, cette absence de détermination rectiligne du droit justifie qu'aucun organe ne puisse prétendre l'embrasser tout entier : ainsi l'administration ne peut prétendre prendre des décisions¹²³, le Conseil de la concurrence ne peut se présenter comme une juridiction ordinaire¹²⁴, le juge judiciaire ne peut se présenter comme un expert économique, le juge administratif ne peut s'affirmer comme le juge naturel des relations économiques.

¹¹⁹V. *supra*, n°30 s.

¹²⁰V. *supra*, n°63 s.

¹²¹V. *supra*, n°97 s.

¹²²V. *supra*, n°28 s.

¹²³Cela est exprimé très nettement par l'entretien de Ch. Babusiaux : *En matière de droit de la concurrence, les choses me paraissent très claires. Le Conseil de la concurrence et nous-même agissons sur des plans différents. Le Conseil est une quasi-juridiction, collégiale, de décision et de sanction, qui établit sa jurisprudence. Il s'exprime par sa jurisprudence, par ses décisions contre des ententes et des abus de position dominante, et par son rapport annuel. Nous, nous sommes une administration qui préparons les textes, menons l'enquête et intervenons devant le Conseil ou la Cour d'appel pour faire valoir l'intérêt général. Nous n'avons pas le pouvoir de sanction. Cette séparation des fonctions est une garantie pour les droits de la défense.*

¹²⁴Cl. Lucas de Leyssac, *Faut-il faire du Conseil de la concurrence une juridiction?*, Rev. jur. com. 1992, p.273 s.

106. Ainsi, dès l'instant que la complexité du droit, tant comme matière, que comme instrument, que comme mission, est reconnue par toutes les personnalités en charge de son effectivité, la reconnaissance d'organes complémentaires est nécessaire, afin de ne pas engendrer de blocages. Il s'agit aussi de partager la besogne, afin de ne pas croûler sous le poids d'un droit aux finalités à la fois très ambitieuses et diverses, voire contradictoires. Peut ainsi s'opérer un partage du travail et des responsabilités.

107. En outre, lorsqu'un système n'est que peu hiérarchisé, toute prétention par trop hégémonique est récusée par l'ensemble des autres participants, dès l'instant que nul ne peut disposer d'une légitimité politique totale et *a priori* mais ne peut s'affirmer qu'en perspective de son efficience au regard d'une mission précise. Dans la mesure où nul n'a intérêt à un tel blocage, l'interdépendance étant ainsi paradoxalement accrue du fait de l'absence de rapport hiérarchique, chacun reconnaît dans son principe la place de l'autre. Ainsi, celui qui prétendrait exclure tous les autres, ou ne pas les connaître, ou avoir tout à leur apprendre, s'exclurait par là-même du jeu. Cette coopération afin d'éviter le blocage, parce que l'absence de hiérarchie empêcherait de résoudre ce dernier, écartant ainsi toute politique du pire, relève d'un ajustement des acteurs selon la théorie du jeu, telle qu'appliquée en droit : à chacun son rôle, rôle donné par le consensus des autres joueurs, sauf à se destituer soi-même.

108. Ce qui est remarquable en la matière, c'est qu'une nouvelle fois, le droit est à l'image de son objet. En effet, le droit de la concurrence se construit selon ces modalités de libre jeu, tandis que de nombreuses personnalités interrogées définissent le droit de la concurrence comme celui qui pose ou à tout le moins rappelle quelles sont les règles du jeu concurrentiel. Par ricochet, le droit de la concurrence est lui-aussi constitutif d'une règle du jeu pour les entreprises¹²⁵.

109. Ce qui est encore notable en droit de la concurrence, c'est que la coopération de ce type, liée à une rationalité pratique puisant dans

¹²⁵Entretien Ch. Babusiaux : *Le droit de la concurrence se propose un effet structurel sur l'économie. Le droit doit couvrir divers types de situations économiques. Il faut que les entreprises aient des repères clairs et durables sur les règles du jeu.*

l'ajustement intuitif des différents joueurs sur une même partie, s'opère de force entre organes non hiérarchisés mais s'applique aussi de gré en présence d'une hiérarchie formelle.

Cela est particulièrement explicite en ce qui concerne les rapports entre les organes de droit interne et les organes d'échelon communautaire. En effet, et à première vue, le droit positif, notamment jurisprudentiel, tant communautaire que de droit interne, pose fermement la soumission du droit interne au droit communautaire. Dès lors, les organes de droit communautaire seraient "en droit" de triompher, sachant que les organes de droit interne devront courber la tête devant leur pouvoir normatif situé à un niveau supérieur. Ainsi, le juge interne devrait connaître le droit communautaire pour mieux s'y soumettre. Le juge communautaire ne devrait se soucier du droit interne que pour mieux le briser.

110. Mais la réalité est toute différente. En effet, et en premier lieu, les organes de droit communautaire se soucient des libertés nécessaires laissées aux organes de droit interne, prenant en considération notamment les spécificités de ce droit. En outre, c'est en la matière que le principe de subsidiarité est le plus aisément évoqué, impliquant une perte de pouvoir de l'organe supérieur à l'organe inférieur, sans que cela semble poser de difficulté¹²⁶. Cela tient peut-être au fait qu'historiquement à l'illusion d'un droit à prétention universelle s'est substitué aujourd'hui un modèle économique de marché auquel chacun des organes se réfère et qui est ressenti comme relevant d'une certaine nature des choses¹²⁷.

111. En effet, et en second lieu, les organes de droit interne sont tout à fait prêts à recevoir ce surcroît de pouvoir, qui est autant de travail

¹²⁶Entretien M. Dubois : ... les droits nationaux en formation adoptent harmonieusement les mêmes concepts. ... nous prônons la décentralisation du droit de la concurrence, rendue possible par une harmonisation effective qui est intervenue assez naturellement (soft harmonisation, sans directive). Il faut décentraliser vers les juges nationaux, qui appliqueront directement le droit européen, dans le cadre d'une certaine collaboration pour en faciliter l'application. Il faut décentraliser vers les organes chargés de la politique de la concurrence. Ce n'est d'ailleurs que le renforcement d'une politique de coopération qui fonctionne depuis très longtemps.

... Il n'y a pas de rapports hiérarchiques (entre droit interne et droit communautaire), car la compétence de l'un est exclusive de la compétence de l'autre. Il y a donc compétence conjointe.

¹²⁷Entretien F. Jenny, à propos de la distinction droit interne et droit communautaire : Les textes européens sont, en matière de pratiques anticoncurrentielles, très voisins des textes nationaux et les jurisprudences très proches l'une de l'autre.

supplémentaire. Ils le font d'autant plus aisément que le juge interne notamment se définit lui-même comme un juge communautaire¹²⁸. On notera d'ailleurs qu'une loi de 1992 a permis au juge interne de ne fonder sa décision qu'au regard d'un droit communautaire, seul évoqué. En outre, les organes de droit interne prennent en considération le droit communautaire, non pas par réflexe hiérarchique mais pour assurer la cohérence du droit de la concurrence appliqué, que la norme en cause soit interne ou communautaire. Il y a donc véritablement harmonie entre les organes en charge du droit de la concurrence, leur situation, en France ou à l'échelon communautaire, étant relativement indifférente.

112. Il est enfin notable que les entreprises justiciables de l'un et de l'autre constatent cet ajustement et l'approuvent¹²⁹. Cela peut paraître à première vue plus surprenant dans la mesure où le justiciable peut avoir intérêt à une hiérarchie plus effective et conflictuelle, ou y trouver plus simplement l'occasion de se rassurer, dans la mesure où il se dit que l'organe supérieur le protégera contre un organe inférieur qui lui est défavorable et anéantira la décision du premier. Dès lors, l'harmonie entre les organes peut éventuellement être ressentie par le justiciable comme une collusion. Il peut cependant tenir compte de la spécificité du droit de la concurrence. En premier lieu, s'il est vrai que le droit communautaire prime le droit interne, cela prend la forme d'une exception, d'une question préjudicielle, d'un recours en interprétation, mais non d'une voie de recours, comme cela peut être en droit européen non communautaire. Dès lors, le contrôle potentiel du droit interne par le droit commun est moins précisément ressentie par le justiciable, dans la mesure où ce dernier a généralement une conception contentieuse, donc procédurale, de la situation dans laquelle il se trouve.

113. En second lieu, les entreprises susceptibles de relever du droit européen, en raison notamment du fait que le commerce entre Etats membres

¹²⁸Entretien P. Drai : *Je me considère comme un juge communautaire!*

¹²⁹Entretien de M. Manthey, Rhône-Poulenc : *... il y a harmonisation très nette de tous les droits nationaux avec le droit communautaire, l'ordonnance de 1986 en est un exemple. Les rapports entre les différents droits sont devenus très étroits. ... Quant aux contacts entre les organes communautaires et nationaux, je soulignerai un inconvénient : le fait que Bruxelles et chaque Direction de la concurrence des différents pays nationaux travaillent en liaison étroite pose des problèmes de confidentialité. Il n'est pas nécessaire que la Direction de la concurrence d'un autre pays soit au courant des problèmes d'un industriel d'un pays différent.*

doit être affecté et que les pratiques discriminatoires et les abus de dépendance économique ne sont pas sanctionnés en tant que tels, sont de grande importance. Dès lors, plutôt que de faire jouer les organes les uns contre les autres, elles ont sans doute davantage intérêt à leur coordination spontanée, à leur "langue commune"¹³⁰ parce que cela leur procure une sécurité juridique à laquelle elle aspirent en premier lieu¹³¹.

114. Ainsi l'attitude de l'organe à première vue inférieur à l'égard de l'organe posé formellement comme supérieur est la même que celle du second à l'égard du premier : il s'agit d'un ajustement afin d'assurer l'efficacité, et donc l'effectivité, du droit dont ils ont la charge commune. On observe cette même sorte de connivence entre droit communautaire et droit interne en ce qui concerne les administrations

On mesure alors que, là où un rapport hiérarchique perdure, il est effacé pour que s'opère une relation plus complexe et moins formelle. Il en résulte une similarité des deux corps de règles limitant quasiment aujourd'hui le débat à une simple question de compétence territoriale¹³². Dès lors, l'agencement ne peut s'opérer de fait qu'au regard d'une autorité reconnue, autorité qui n'est plus de type institutionnel, mais qui est de type doctrinal.

2. La mise en place d'une autorité positive et interactive

115. L'autorité des différents organes en cause ne peut reposer sur un critère formel. L'anomie ne s'ensuit pas pour autant. En effet, les organes sont posés par leur autorité, telle qu'admise par les autres organes. C'est ainsi par reflet, par reconnaissance, que l'organe en question arrive à se situer.

Il le pourra en se dotant d'une autorité positive qui impressionnera, au sens photographique du terme, les autres organes en place. Cette autorité est alors de type technicien : fera autorité l'organe qui pourra traiter rapidement les dossiers dont il a la charge, qui pourra saisir efficacement, etc. Aussi l'autorité

¹³⁰V. *supra*, entretien F. Jenny, note de bas de page n°129.

¹³¹V. *supra*, n°50.

¹³²Entretien Ph. Rinciaux : *Les deux (droit interne et droit communautaire) sont intimement liés et imbriqués. Le droit français est tellement rapproché du droit communautaire que la question se posant aujourd'hui est souvent celle de la compétence territoriale.*

se constituera *a posteriori* et par l'expérience, par les preuves que l'organe sera apte à fournir de son efficacité.

116. C'est ainsi que le transfert du contentieux de la concurrence du Conseil d'Etat à la Cour d'appel de Paris, intervenu un peu par surprise, a pu entrer dans les mœurs, c'est-à-dire acquérir une légitimité en assurant sociologiquement la permanence, grâce à la politique de gestion de ce contentieux qu'en fit à l'époque Monsieur le Premier Président Pierre Drai¹³³. Chacun sait que l'association d'une diligence procédurale sans précédent et la mise en place d'une formation accélérée interne, "les lundis de la concurrence", a assis définitivement l'autorité de la Cour en la matière.

117. Cette autorité positive et dépendante de l'efficacité de l'organe mais aussi de sa capacité à faire connaître cette performance a l'avantage d'un ajustement permanent. En outre, l'on peut penser que ce type d'agencement gagne à vieillir, dans la mesure où les différents organes apprennent à mieux se connaître et à se couler dans une relation de complémentarité alors qu'une relation simplement hiérarchique tend à se durcir avec le temps, à se mécaniser, puis à se fausser.

118. Ainsi, cet ajustement observé, construit sur le principe d'une autorité mesurée à l'efficacité de l'organe à remplir sa mission, correspond à une situation sans doute encore exceptionnelle mais susceptible d'être généralisée dans un système juridique refondé de cette façon. Sans vouloir nécessairement instrumentaliser le droit à autre chose qu'à lui-même, sans confondre l'analyse économique du droit et l'appréciation nécessaire de ses performances avec un ravalement de ses techniques au rang de simple instrument, il demeure qu'un droit ne peut plus aujourd'hui avoir de légitimité que si, en aval, il correspond aux attentes légitimes de ses destinataires et si, en amont, il respecte des principes essentiels auxquels il donne force.

119. L'on doit admettre cependant que cette référence à une autorité substantielle et non plus formelle présente un effet pervers possible, réalisé

¹³³Entretien de P. Drai : *Quand l'Ordonnance de 1986 a donné le contentieux, enfin les juges de l'ordre judiciaire ont marqué leur place dans le monde des affaires. ... S'est donc posée immédiatement la question de la formation des juges pour une matière non apprise, non pratiquée.*

précisément en ce qui concerne le droit de la concurrence. En effet, par cet effort partagé mais aussi concurrent des organes à prouver leur efficacité pour maintenir leur existence et accroître la portée de leur pouvoir, l'organe utilise souvent comme figure de proue une personnalité emblématique qui le représente. Ainsi en est-il des personnalités telles que celles de Messieurs Christian Babusiaux, Frédéric ¹³⁰ Jenny, Guy Canivet ou Pierre Drai, sans vouloir épuiser la liste. L'autorité des organes tient beaucoup sur leurs épaules et l'on notera souvent la stabilité de leur intégration dans l'organe considéré.

120. L'effet pervers est alors patent et tient dans la personnalisation marquée et excessive de ce contentieux. Il ne s'agit en rien de l'imputer à une stratégie personnelle des intéressés qui sont souvent plus encombrés d'une telle célébrité que servis par elle. C'est précisément le système lui-même et plus particulièrement le regard des autres organes, observateurs à huis-clos dans un monde d'initiés, qui les institue comme tels. Dès lors, l'institution, un temps renforcée par cette image de marque d'autorité morale et technique, d'efficacité et de prestance, s'en trouve finalement affaiblie.

121. Sur le plan concret tout d'abord, car on peut se demander si que devient l'organe considéré une fois sa "vedette" partie vers d'autres fonctions. Il subit, si ce n'est un désinvestissement brutal de la part des autres, de la part des spectateurs, à tout le moins une sorte de passage à vide. Sur le plan des principes ensuite, car une institution ne vaut que si les individus qui la composent ne se perçoivent et ne sont perçus que comme des agents anonymes du corps, des rouages d'une institution à laquelle ils appartiennent, qui les domine et qu'ils sauraient prétendre incarner toute entière.

122. L'on mesure alors les risques que peut faire courir cette nouvelle "figure de la légalité"¹³⁴ aux institutions, lesquelles peuvent sombrer dans leur propre célébrité, en se qu'elle attaque l'anonymat constitutif des institutions démocratiques. C'est aussi pour éviter cela que le système juridique doit

130

¹³⁴Ch. E. Morand, préc.

organiser lui-même la logique discursive qui a évacué la logique hiérarchique dans le droit de la concurrence.

B. L'ENJEU D'UNE LOGIQUE DISCURSIVE

123. La logique discursive peut se définir comme la marque d'une logique de la discussion, le dialogue entre les différents protagonistes permettant de dégager des solutions acceptables par ces derniers. La confrontation des parties impliquées, depuis le moment où sont formulées les questions jusqu'au moment où elles sont résolues au terme de l'échange ordonné des arguments, garantit raisonnablement la pertinence et la justice des décisions prises à l'issue de cette discussion. Le caractère acceptable des décisions tient lieu de rationalité¹³⁵. Cela convient particulièrement bien au droit de la concurrence qui réclame du pragmatisme et justifie que soit écarté, ici plus encore qu'ailleurs, le modèle syllogistique du raisonnement judiciaire¹³⁶. Cela n'exclut pourtant pas la nécessité d'une théorisation, mais cela met en exergue la priorité qui doit être accordée à la formation, son champ (1), mais aussi son temps, la formation ayant vocation à s'étendre dans le temps, notamment à l'occasion de rencontres plus ou moins formalisées (2).

1. Le champ de la formation

124. Si le droit de la concurrence doit se constituer harmonieusement sur une logique discursive, il est alors essentiel que les personnes susceptibles de participer à la discussion soient en mesure de le faire. Pour cela, elles doivent bénéficier d'une formation qui les rendent aptes à émettre des arguments et à percevoir ceux soutenus par les autres organes.

C'est pourquoi l'on peut estimer que la réussite de la matière dépend, plus encore que d'ordinaire, de la formation des personnes, dans la mesure où en

¹³⁵V., not. Ch. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2ième éd., coll. "Méthodes du droit", Dalloz, 1976.

¹³⁶Entretien de P. Draï : *Quant à la formation, il faut que les personnes en charge de ce droit s'ouvrent au monde extérieur, doivent s'éloigner de la logique formelle syllogistique et baigner dans un milieu économique qu'ils connaissent.*

dépend la qualité d'une discussion conférant *a posteriori* une légitimité substantielle.

125. Ce qu'on convient d'enseigner à l'intéressé, c'est précisément ce à quoi il n'est pas naturellement formé. C'est ainsi que les économistes doivent apprendre le droit et les juristes l'économie, les élèves de l'Ecole nationale d'administration à se frotter au droit commercial et les étudiants à approfondir la philosophie politique, etc.

Il ne s'agit pas de verser dans l'utopie de la transdisciplinarité, prétendant conférer un savoir total à des personnes par ailleurs peu expérimentées. Il s'agit simplement de permettre une discussion à partir des questions que l'on aura été capable de poser. Cette aptitude est particulièrement importante dans le bon déroulement des procédures et dans l'effectivité et la pertinence du débat contradictoire¹³⁷.

126. Ainsi, ce minimum de savoir commun, de nature méthodologique, permet au juge d'être éclairé dans sa décision. On peut d'ailleurs améliorer les modes de délibération en obtenant au sein des organes judiciaires un même résultat que celui la transdisciplinarité structurelle du Conseil de la concurrence¹³⁸ par le biais de conseillers en service extraordinaire de formation économique ou ayant une expérience concrète de l'entreprise¹³⁹. Mais même pour cela, il faut maîtriser non pas le savoir de l'autre mais la méthodologie de ce savoir. Cela tient dans la connaissance de la terminologie, des principes fondateurs et des raisonnements spécifiques de la matière dont il s'agit¹⁴⁰.

¹³⁷Entretien Ph. Rinciaux.: *Toutes ces notions économiques doivent être suffisamment établies au cours d'un débat contradictoire qui est discuté pour pouvoir considérer si ou non la définition du marché est juste et si oui ou non les postulats qui sont pris en compte sont des postulats qui sont admis. Finalement, après la qualité des intervenants, joue : les avocats sont-ils capables de discuter ces postulats? S'ils n'en sont pas capables, il faudrait faire intervenir des économistes dans les dossiers et à partir de là un débat contradictoire peut tout à fait arriver.*

¹³⁸V. *supra*, n°37-38.

¹³⁹Entretien P. Draï : *Il faut que le juge connaisse le poulailler qu'il garde contre le renard... Le marché relève manifestement de l'économique. Il est ainsi particulièrement opportun d'avoir en la matière des conseillers en service extraordinaire, notamment dans la chambre commerciale.*

¹⁴⁰Entretien O. Douvreur : *Dès lors qu'il s'agit d'appliquer à un phénomène économique des règles juridiques, on ne peut tout ignorer de ce phénomène économique. Il faut être en mesure de l'appréhender, de le comprendre. Je ne veux pas dire par là que le droit de la concurrence doit être appliqué par des économistes, simplement une formation économique me paraît nécessaire. Il reste évidemment à s'entendre sur ce qu'est une formation économique. Il ne semble pas qu'une formation de quatre ans à l'Université, par exemple, soit indispensable, des connaissances économiques différemment acquises peuvent suffire.*

127. Il serait alors concevable de prévoir qu'avant que les intéressés, fussent-ils frais émoulus de leurs écoles respectives, ne prennent des responsabilités dans un quelconque de ces organes en charge de la matière, ils suivent une brève session les informant tour à tour des éléments de base des différentes branches et disciplines concernés. Cette mise en commun d'un savoir minimum conçu non en lui-même mais en tant que chacun puisse l'intégrer dans les questions qu'il convient de poser aurait un autre avantage : elle aurait le mérite de mêler dès le départ les personnes qui auront à se fréquenter d'une façon plus institutionnelle par la suite.

128. Comme cela fut établi à propos de la formation des magistrats qu'il faudrait rendre commune avec celle des avocats¹⁴¹, si l'on veut que les contacts des personnalités de corps différents, placées dans des institutions en rapport mais aussi en opposition et en concurrence, soient fructueux, il faut qu'elles fréquentent à un moment donné, et le plus tôt possible, les mêmes bancs d'une même école.

Cela pourrait être l'enjeu d'une sorte d'école d'application, susceptible de fonctionner sur ces principes, à organiser d'une façon autonome ou en partenariat avec une Université¹⁴², qui rassemblerait, pendant un court moment, de quelques mois, les personnalités devant intégrer toutes sortes d'organes qui interviennent en droit de la concurrence. L'aptitude à comprendre les autres savoirs, sans devoir se l'approprier pour autant, ainsi que la familiarité entre les personnes liées à un rapport de type étudiantin, seraient un gage d'une fonctionnement ultérieur harmonieux des pouvoirs normatifs entre eux.

2. Le temps de la formation

129. Mais il n'est pas question de limiter le temps de la formation à la formation initiale, fût-ce sous la forme d'une sorte d'école d'application juste postérieure aux formations multiples que suivent les différentes personnes

¹⁴¹Rapport F. Terré, 1986.

¹⁴²Entretien M. Guérin : *Il faut que l'Université française fasse des cellules de formation en droit de la concurrence.*

ayant vocation à intervenir en droit de la concurrence. En effet, la formation continue doit prendre un tout particulier relief en droit de la concurrence. Cependant, il est intéressant d'observer ici comme la formation s'organise en continue en matière de concurrence. En effet, on note souvent la déception face aux projets louables de formation continue, les intéressés n'étant pas toujours très disponibles, les enseignants pas forcément appropriés, la matière enseignée insuffisamment adéquate. Il est usuel d'observer qu'en France, contrairement à d'autres pays, la formation continue n'arrive pas suffisamment à prendre prise. Cependant, la formation continue fonctionne bien en ce qui concerne le droit de la concurrence, mais sur un autre mode, plus spontané et plus efficace.

130. En effet, la matière donne lieu à une multitude de rencontres plus ou moins formalisées, organisées dans une sorte de désordre mais dans une richesse d'initiatives telles qu'un échange peut se poursuivre de manifestations en manifestations, en raison de la stabilité des personnalités qui prennent la parole et qui assistent à ces réunions, selon un phénomène proche du huit-clos. Ces rassemblements privilégiés sont expressément perçus comme une modalité particulièrement appropriée de formation continue¹⁴³. Le nombre limité de personnes qui appartiennent à ce cercle, à cette sorte de club, facilite grandement cette circularité¹⁴⁴. Ainsi, malgré cette apparence assez décousue, c'est bien un échange continu qui se fait de séances en séances, dans les différents lieux, les organisateurs respectant une certaine grande unité de ton et de sujets. Le fait que les entreprises, justiciables effectifs ou potentiels, soient sans réticence associées à un tel système ne peut que garantir la pertinence des règles et leur acceptation de principe par les destinataires¹⁴⁵.

¹⁴³Entretien M. Bazex : *La formation permanente serait excellente. Ainsi, je vais aux colloques.*

¹⁴⁴Entretien Ph. Rinciaux : *Il s'agit d'un milieu assez fermé où les personnes qui y appartiennent peuvent se rencontrer.*

¹⁴⁵Entretien M. Manthey : *Nous n'avons pas de difficulté (de relation) ni avec le Conseil de la concurrence, ni avec Bruxelles qui, lorsqu'ils préparent un texte, consultent les industriels. Les organismes professionnels tels que le CNPF, l'UIC (Union des Industries Chimiques) et la CCI (Chambre du Commerce International) reçoivent les projets de règlements et les projets de loi, qui sont ensuite discutés au sein de commissions spécialisées. ... De ce fait, les professionnels, les industriels participent à l'élaboration du droit. La Commission est de moins en moins composée d'"eurocrates", elle s'entoure d'avis et de conseils de professionnels et l'industrie dont elle tient compte. Cette participation est très active et permanente. Aucun texte ne sort sans consultation.*

131. Cette façon tout à la fois originale et pertinente d'organiser plus ou moins consciemment la formation continue réunit les mérites de l'actualisation des connaissances, de détection des difficultés latentes et de la mise en contact direct et non protocolaire des différents organes et des diverses personnes qui les composent. Cela permet en outre que se dégagent et s'affirment ces processus d'autorités dont on a posé qu'ils pouvaient être une légitimité suffisante pour une conception nouvelle du système juridique¹⁴⁶. Il faut donc tirer profit de ces observations pour concevoir plus systématiquement la formation continue en matière de droit de la concurrence.

132. En premier lieu, on pourrait concevoir que d'autres organes prennent en charge de telles manifestations puisque leur multiplication ne peut qu'être profitable. Cela serait tout particulièrement bienvenu concernant des sujets dont il a été observé qu'ils étaient en quelque sorte victimes des conflits négatifs qui sévissent à l'Université¹⁴⁷ : ainsi, la Chancellerie pourrait aisément porter à la discussion publique des sujets cruciaux et pour l'instant peu explorés en raison d'une dimension interdisciplinaire qui écartèle trop le monde universitaire, privant ainsi le système juridique de son apport traditionnel.

133. En second lieu, ce processus alternatif de formation continue, à travers des rencontres réunissant un public assez constant dans les personnes, pourrait s'étendre à d'autres matières que le droit de la concurrence. Le droit économique s'y prêterait particulièrement bien, tels que le droit des procédures collectives ou le droit financier. Il faudrait alors que puissent se constituer une association de diverses institutions pour cela, à laquelle seraient reliés des activités de recherche, sous la forme d'un observatoire, par exemple. Pour en revenir au droit de la concurrence, cela permettra la constitution d'une véritable doctrine dont la matière a absolument besoin.

¹⁴⁶V. *supra*, n°17 s.

¹⁴⁷V. *supra*, n°61.

C. L'EXIGENCE D'UNE DOCTRINE COHÉRENTE EN DROIT DE LA CONCURRENCE

134. Toute matière juridique, même mâtinée d'économie, doit avoir une ossature claire et cohérente. Bref, elle doit reposer sur une théorie, et c'est précisément ce qui la distinguera de l'arbitraire d'une règle posée¹⁴⁸. Or, le droit de la concurrence regorge de normes de tous horizons mais l'on peut se demander si un apport de type doctrinal ne lui serait pas nécessaire.⁽¹⁾ afin que cette matière soit exemplaire pour le système juridique de demain et ne dérive pas vers une réglementation, figure que le droit prospectif doit précisément fuir ⁽²⁾.

1. Origine de la doctrine du droit de la concurrence

135. La doctrine est classiquement de type universitaire, selon la vieille distinction entre la théorie et la pratique, qu'il n'est pas de mise d'examiner ici en elle-même. Mais il convient de distinguer trois types de doctrine. Sommairement présentées, l'on peut repérer la doctrine fondamentale et transversale, généralement le fait des universitaires de formation classique et sans implications pratiques, doctrine qui a vocation à saisir une réalité technique à partir des grilles d'analyse juridique classique.

Existe dans le même temps une doctrine de type universitaire menée par des spécialistes de la matière, au fait des techniques et des pratiques, ce savoir leur étant rendu accessible par une participation directe dans les affaires, du fait de la double qualité fréquente de professeur et d'avocat. Enfin, se constitue naturellement une doctrine de type professionnel, émanant des personnes non universitaires qui vivent quotidiennement la matière et au plus haut niveau. Il est d'ailleurs difficile de distinguer dans ce cas l'activité même de l'organe, notamment jurisprudentielle¹⁴⁹, de l'effort doctrinal, de la même

¹⁴⁸V. Ch. Alias, *Théorie et arbitraire*, coll. "Les voies du droit", PUF, 1987

¹⁴⁹cf *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Documentation Française, 1994.

façon que s'agissant d'universitaires, activité pédagogique et activité doctrinale se croisent.

136. Une matière est correctement innervée par la doctrine lorsque ces trois types de doctrine s'expriment. Leur confrontation crée une dialectique qui donne vie à la matière et lui assure cohérence et lisibilité. Si l'on examine l'état doctrinal du droit de la concurrence, on constate la vitalité des deux derniers types de doctrine, mais l'on ne trouve guère de doctrine fondamentale.

Ou plutôt, il apparaît que la doctrine fondamentale émane pour l'instant de l'administration, à travers notamment des publications spécifiques. et des réunions qu'elle organise. Hommage lui est d'ailleurs rendu sur l'intérêt de ces dernières, et concernant les publications¹⁵⁰., et concernant les manifestations¹⁵¹. Il semble que l'Université soit encore empêtrée dans la distinction du droit privé et du droit public dont on a montré qu'elle la constitue et l'entrave tout à la fois¹⁵². Or, il y a une nouvelle revendication d'un "droit commun"¹⁵³, c'est-à-dire, au sens fort du terme, le maintien d'un lien entre les matières très spécialisées et les grands principes constitutifs du système juridique.

137. Sans qu'il soit ici question de remettre en cause la pertinence ou l'impartialité d'une doctrine technique ou impliquée, l'accroissement d'une doctrine classique, sous la forme d'insertion du droit de la concurrence dans des enseignements généraux ou sous la forme d'une revue universitaire mélangeant les trois doctrines, aiderait à la cohérence et à la clarté du droit de la concurrence. Cet effort, commun à toutes les branches du droit, est ici impérieux du fait que le droit de la concurrence se construit selon une logique discursive, une logique de discussion sur des arguments, une logique de type doctrinal.

¹⁵⁰V. not, à côté du Bulletin officiel de la concurrence et de la consommation, la Revue de la concurrence et de la consommation, émanant de la même D.G.C.C.R.F., qualifiée usuellement de "source primordiale de documentation" (cf A.-S. Mescherlakoff, préc., n°115, p.116.)

¹⁵¹Entretien M. Manthey : *Le Ministère des Finances organise des conférences très intéressantes.*

¹⁵²V. *supra*, n°54 s.

¹⁵³V., not. M. Delmas-Marty, *Le droit commun*, Seuil, 1994.

2. Exigence d'une extériorisation des principes fondateurs pour que le droit ne dégénère pas en réglementation

138. Il apparaît ainsi que le droit de la concurrence a vocation à représenter le système juridique de demain parce qu'il a été privé d'une structure hiérarchique entre les pouvoirs normatifs, lesquels ont dû s'ajuster les uns par rapport aux autres dans un jeu constitué par un échange d'arguments pertinents et par la reconnaissance de l'existence, des missions et des pouvoirs des uns et des autres. Ainsi, le droit de la concurrence a réussi à se constituer, de l'intérieur, une légitimité *a posteriori*, grâce à une rationalité discursive, concrètement encouragée par le dynamisme et la multiplicité des rencontres, et une exigence de performance technique intériorisée par chacun des organes en cause..

139. Cependant, des effets pervers sont à redouter, notamment la personnalisation excessive d'organes toujours à la recherche d'une autorité qui ne leur est plus conférée *a priori* et la tendance à déformer le débat doctrinal en terrain d'occupation de paroles. L'on pourrait songer à contrer de telles potentialités en encourageant la place de l'Université dans le déroulement d'une telle rationalité nouvelle.

140. Cela pourrait se faire notamment par le biais de sa fonction pédagogique, à travers des mécanismes de formation initiale et continue, que pourrait concrétiser une sorte d'école d'application de courte durée, mettant en commun les méthodologies des différentes matières techniques qui se mêlent dans le droit de la concurrence, à destination des personnalités intégrant ces organes aux pouvoirs normatifs, dont les activités, ainsi harmonisées par une formation un temps commune, exprimeront une rationalité discursive vers laquelle notre système juridique s'oriente aujourd'hui d'une façon générale.

LABORATOIRE DE SOCIOLOGIE JURIDIQUE
UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II) - C.N.R.S.
URA 971

83^{bis}, rue Notre-Dame-des-Champs
75006 Paris
tél 43.20.12.24 (POSTE 567)
40.46.81.64 (ligne directe)
fax 40.51.01.14

**LES POUVOIRS NORMATIFS
EN JEU
DANS LE DROIT DE LA CONCURRENCE**

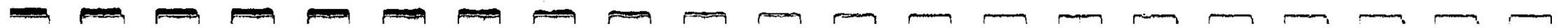
synthèse à partir des décisions
rendues par le Conseil de la Concurrence
et les arrêts
rendus sur recours par la Cour d'appel de Paris

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Emmanuel GALISTIN

Léa GANNAGÉ

JUIN 1992



1. Il s'agit de mesurer, à partir d'une analyse de documents et avant toute enquête sur le terrain, comment les pouvoirs normatifs en matière de droit de la concurrence s'organisent et s'expriment les uns par rapports aux autres. La présente sous-équipe, composée de Madame Marie-Anne Frison-Roche, Monsieur Emmanuel Galistin et Mademoiselle Léna Gannagé, a été plus spécialement chargée d'analyser les manifestations de pouvoirs en ce qui concerne le Conseil de la concurrence, ce qui englobe non seulement les décisions rendues par ce dernier, mais encore les arrêts rendus sur recours par la Cour d'appel de Paris, ainsi que la doctrine universitaire et administrative y afférent.

2. Ont donc été analysés :

- une quarantaine de décisions rendues par le Conseil de la concurrence, retenues en raison de leur intérêt dans la perspective de la présente recherche,
- une vingtaine d'arrêt rendus sur recours par la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris,
- une quinzaine d'analyse et commentaires doctrinaux, principalement d'origine universitaire.

A été ainsi constituée une base informatique de documentation, composée du résumé du document identifié accompagné d'une analyse mettant en valeur l'intérêt du document au regard de la problématique des pouvoirs normatifs en jeu dans le droit de la concurrence.

3. Il s'agit dans ce rapport particulier d'en tirer d'une façon synthétique les enseignements. Ils ne peuvent être, à ce stade, que fragmentaires, dans la mesure où l'analyse exhaustive des manifestations normatives d'autres organes est prise en charge par d'autres sous-équipes.

4. La question qui sous-tend la matière est celle, tant juridique que sociologique, de la nature du Conseil de la concurrence. La réponse apportée par les différents acteurs, et le Conseil de la concurrence d'une façon principe, est essentielle en ce que, d'une part, elle implique un comportement plus ou moins hégémonique et en ce que, d'autre part, elle fournit une légitimité plus ou moins grande ou convainquante aux positions adoptées par les différents organes les uns par rapport aux autres.

On remarquera d'ailleurs que cette question de la nature juridique du Conseil de la concurrence retient à titre principal l'intention de la doctrine, tant privatiste que publiciste.

5. Cette analyse menée conjointement, d'une façon plus ou moins transparente, par les différents organes étudiés fait apparaître deux approches distinctes. En effet, on relève que les différents acteurs concernés élaborent, à travers leurs décisions ou leurs études, une image d'eux-même, d'une part, mais aussi une image des autres organes en jeu. Il s'agit de mesurer le plus précisément possible les distorsions entre des différents reflets, lesquels finissent par constituer une sorte de jeu de miroirs.

I LA CONCEPTION ELABOREE PAR CHAQUE ORGANE DE SON PROPRE POUVOIR

On analysera successivement l'image que le Conseil de la concurrence développe de lui-même à travers ses décisions, puis l'image que la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris élabore pour sa part, d'une façon moins perceptible sans doute. L'analyse doctrinale sera abordée à travers ces deux perspectives.

A. LA CONCEPTION ELABOREE PAR LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE DE SON PROPRE POUVOIR

On constate que le Conseil de la concurrence exclut une nature juridictionnelle sans pour autant affirmer clairement quelle est sa nature. En outre, il insiste à de nombreuses reprises pour le caractère exceptionnel de ses pouvoirs.

1. L'exclusion implicite d'une nature juridictionnelle.

6. Le Conseil de la concurrence n'a jamais voulu - ou eu l'occasion de - exclure expressément une nature juridictionnelle.

Il est vrai que le débat sur cette question a été en quelque sorte "pris en charge" par la doctrine, dont on notera qu'elle est globalement favorable à l'affirmation d'une nature juridictionnelle. En outre, le Conseil constitutionnel, par sa décision du 23 janvier 1987¹ a apporté une réponse très claire, dans le sens du caractère administratif de l'organe et du caractère non-juridictionnel des décisions qu'il prend. On peut donc considérer que le Conseil de la concurrence peut prendre acte de cette dernière affirmation solennelle, d'une part, et qu'il n'entre pas dans ses fonctions de porter une appréciation de type doctrinale sur ce sujet.

Pourtant, la réponse à une telle question a des incidences pratiques importantes et le Conseil a du nécessairement, bien que d'une façon implicite, la résoudre lorsqu'il a été saisi de questions pratiques impliquant une telle prise de position.

7. La décision la plus nette est celle du 5 décembre 1989². En effet, à l'occasion d'une procédure dans laquelle le Conseil s'était saisi d'office pour examiner des comportements susceptibles d'être qualifiés de pratiques discriminatoires, procédure devant aboutir à des injonctions et sanctions diverses, une des entreprises en cause a

1. V. Rapport de synthèse en droit public.

2. fiche N°3 ; BOCCRF du 3 janvier 1990.

demandé au Conseil de condamner les revendeurs pour manœuvres déloyales, sur le fondement des articles 1382 et 1183 du Code civil.

Pour savoir si une telle demande est recevable, il convenait d'apprécier la nature juridique du Conseil et l'ampleur des pouvoirs qu'elle implique. En effet, les principes de la responsabilité civile peuvent être appliqués par tout juge, que ce soit sur le fondement de textes précis comme en matière civile, ou d'une jurisprudence de principe comme en matière administrative.

Or, le Conseil s'est déclaré formellement incompétent pour statuer sur une telle demande et a jugé utile de préciser qu'il est loisible aux parties concernées d'intenter une action devant les juridictions judiciaires.

9. Cette décision est pertinente dans la problématique qui nous occupe pour la raison suivante. Il est assez fréquent que le Conseil de la concurrence se déclare incompétent en raison de compétences exclusives détenues par d'autres organes, par exemple le Tribunal de grande instance en matière de brevet³ ou en matière d'assurance⁴. Mais il s'agit ici d'une compétence de droit commun, liée à des principes de responsabilité civile applicables par tout juge, ce qui postule l'absence de nature juridictionnelle du Conseil.

10. La doctrine s'est posée la question de la nature juridictionnelle du Conseil de la concurrence, soit d'une façon *a priori*, soit d'une façon pragmatique.

En effet, dans cette dernière perspective, on notera avec intérêt que Monsieur le Professeur Clause LUCAS DELEYSSAC dans une conférence organisée au Tribunal de commerce de Paris par l'Association Droit et commerce le 18 novembre 1991⁵ a prôné l'admission d'une nature "quasi-juridictionnelle" du Conseil de la concurrence, non pas tant en raison des critères fondamentaux de l'acte juridictionnel, mais plutôt pour justifier l'accroissement des pouvoirs du Conseil, notamment en matière de responsabilité civile. Cet auteur lie donc nature juridique et ampleur des pouvoirs de la même

3. Décision du 17 janvier 1989, fiche N°5 ; BOCCRF du 9 février 1989, rapport annuel 1989, p.21.

4. Décision du 3 février 1988 ; fiche N°15 ; BOCCRF du 27 février 1988 ; rapport annuel 1988, p.27.

5. A paraître à la Revue de jurisprudence commerciale.

démarche que celle du Conseil, même si le résultat en est opposé.

11. Les autres auteurs procèdent d'une façon plus théorique. La question de la nature juridictionnelle du Conseil de la concurrence est posée à travers la question conséquente de la nature des recours formés contre ses décisions devant la Cour d'appel de Paris.

Plusieurs critères sont utilisés, notamment la volonté politique du législateur de 1986⁶, ou l'exigence du respect des garanties fondamentales de procédures⁷. La doctrine se prononcerait donc avec hésitation, notamment en raison de l'absence de travaux préparatoires, dans le sens d'un caractère juridictionnel ou "quasi-juridictionnel" - traduction terminologique de l'hésitation précitée - en devenir.

2. L'absence d'affirmation d'une nature juridique précise.

12. Mais force est de constater que le Conseil de la concurrence, si l'on peut soutenir qu'il a implicitement exclu une nature juridictionnelle, n'a jamais affirmé positivement sa nature juridique. On peut regretter qu'il n'ait pas jugé bon d'informer les entreprises et les juristes de cette nature, dont les conséquences pratiques sont importantes et qui aurait donc apporté un peu de prévisibilité dans les décisions à rendre. En effet, l'affirmation du caractère administratif de l'organe posée par la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 ne figure que dans les motifs, ce qui peut faire douter de sa force obligatoire.

On pourrait donc considérer qu'il relève de la compétence - au sens tant juridique que sociologique du terme - du Conseil de la concurrence de prendre position sur cette question.

13. La doctrine peut être présentée de la façon synthétique suivante, si tant est qu'on puisse en donner une représentation claire et unitaire. Dans l'analyse du droit, elle affirme majoritairement que le Conseil de la concurrence est une autorité administrative,

6. R. Drago *Le Conseil de la concurrence* JCP 1987 I 3300

7. R. Houin et M. Pédamon *précis Dalloz, Droit commercial, commerçants et entreprises commerciales ; concurrence et contrats du commerce* 9^e éd., p.555

et que les critères ne sont pas encore réunis pour qu'il accède au statut de juridiction. Mais ce dernier statut est tout à la fois souhaité⁸ et prévu, l'évolution du droit se faisant dans le sens d'une juridictionnalisation.

3. L'affirmation du caractère exceptionnel de ses pouvoirs.

14. On a vu que la question de la nature juridique du Conseil de la concurrence a été posée à résoudre la question de l'ampleur de ses pouvoirs. Or, le Conseil a toujours, même lorsque sa compétence eut été concevable en raison du droit commun, veillé à conserver à ses pouvoirs la stricte délimitation née de l'ordonnance du premier décembre 1986.

15. L'observation étonne en sociologie. En effet, tout organe tend à accroître ses pouvoirs, notamment par l'extension de son domaine d'application. L'analyse restrictive du Conseil de ces propres pouvoirs est ici d'autant plus remarquable que l'incertitude sur sa nature juridique lui permettait la solution contraire. Les raisons de cette "modestie" n'apparaissent pas à la lecture des documents et seront recherchées dans les entretiens menés ultérieurement par l'équipe de recherche.

B. LA CONCEPTION ELABOREE PAR LA PREMIERE CHAMBRE SUPPLEMENTAIRE DE LA COUR D'APPEL DE PARIS DE SON PROPRE POUVOIR

16. La Cour d'appel de Paris, - première chambre supplémentaire - , est compétente au sens juridique du terme tant pour contrôler la régularité procédurale des décisions rendues par le Conseil de la concurrence que pour contrôler sa régularité au regard du droit économique substantiel, lequel est davantage composé de règles économiques que de règles juridiques au sens classique du terme. Mais sous l'angle plus sociologique d'analyse des compétences, on relève que la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel hésite à affirmer son pouvoir hiérarchique sur les

8. R. Drago, préc.

décisions du Conseil lorsque le contrôle porte sur le raisonnement économique, alors qu'elle fait d'une grande autorité en matière de contrôle procédural.

1. La nature de la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris

18. La question de la nature de la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris se pose avec la même acuité que celle précédemment posée de la nature du Conseil de la Concurrence, les deux étant évidemment liés.

Certes, la question se pose moins *a priori* dans la mesure où cette formation spécialisée dans l'examen des recours formés contre les décisions du Conseil de la Concurrence appartient expressément à la Cour d'appel de Paris, organe de l'ordre judiciaire.

19. Mais la doctrine, spécialement Monsieur le Professeur Christian Bolze⁹, a soulevé l'hypothèse du caractère administratif des recours. Cela est conforté par l'étude "autorisée" du Président Guy Canivet¹⁰. En effet, les règles de procédure applicables en la matière sont "inspirées du droit processuel administratif", les principes du droit judiciaire privé étant subsidiaires.

20. Le contrôle opéré serait lui-même de type administratif. L'on souligne en effet assez fréquemment que le contrôle naturellement opéré est celui de la légalité - contrôle objectif caractéristique du contentieux administratif- et que ce n'est qu'en vertu des dispositions spéciales de l'ordonnance de 1986 que le contrôle peut s'opérer aussi dans le sens de la réformation. La première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris a eu l'occasion d'exercer son contrôle dans ces deux directions et souligne cette dualité de contrôle, de légalité et de réformation, dans son arrêt en 19 octobre 1987 *Chapelle*¹¹.

21. Sans aller jusqu'à affirmer que la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris est un organe juridictionnel administratif au sein de cette Cour, affir-

9. *Le transfert du contentieux des décisions du Conseil de la Concurrence à la Cour d'Appel de Paris*, D.1988, chron., p.169 s.

10. *Le juge et l'autorité de marché* Rev. jur. com. 1992, p.185 s.

11. BOCCRF du 24 octobre 1987, p.313.

mation quasiment monstrueuse, on peut tout de même se demander si la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris ne constitue pas une juridiction à part entière au sein de la juridiction générale. L'exemple de l'autonomie progressive de la juridiction des référés peut encourager cette analyse.

22. Certes, c'est bien le Premier Président de la Cour d'appel de Paris qui est compétent en matière de référé et non le Président de la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris, mais l'on pourra noter, sans malice, que Premier Président de la Cour participe systématiquement à la formation particulière qu'est la première chambre supplémentaire.

23. On peut donc dans une première conclusion, destinée à être approfondie voire remise en cause au cours des entretiens, que la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris a une nature juridictionnelle organiquement judiciaire mais procéduralement administrative : hybridation qui risque de poser rapidement des problèmes juridiques. On peut soulever l'hypothèse, en raison de cette spécificité, d'une autonomie de plus en plus grande de cette chambre par rapport au reste de la Cour.

2. L'ampleur du contrôle opéré par la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris

a) Le recul de la Cour d'appel face à la matière économique

24. Il est frappant que la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris, devant laquelle ont été contestés de nombreux raisonnements économiques menés par le Conseil de la concurrence a, à quelques exceptions près, validé l'analyse économique.

25. Cela est particulièrement caractéristique dans l'affaire dite *des Cuves*. En effet, il s'agissait de résoudre la question de la validité des clauses de restitution de cuves et matériels à l'expiration ou à la résiliation des contrats de distributions entre les compagnies pétrolières et les pompistes. Ces derniers y voyaient une atteinte à la libre con-

currence et à la fluidité du marché. Le Conseil de la concurrence a suivi cette argumentation, le coût d'observation de la clause limitant la mobilité des acteurs économiques et la fluidité du marché. Parallèlement, un contentieux judiciaire a abouti à un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 16 février 1988¹² qui a validé la clause, en application du principe de l'autonomie de la volonté et de la force obligatoire des contrats.

Il est pourtant remarquable que la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris, statuant trois mois après cet arrêt de principe, dans un arrêt en date du 5 mai 1988¹³, a maintenu la décision précitée du Conseil de la concurrence.

On peut d'ailleurs hésiter à y voir une divergence de jurisprudence, dans la mesure où le droit de la concurrence se présente comme un droit essentiellement casuistique.

26. On notera cependant que la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris s'est opposée à l'analyse économique retenue par le Conseil en matière de dépendance économique par un arrêt en date du 12 juillet 1990¹⁴. La divergence dans cette affaire *Trivial pursuit* venait de la détermination du marché pertinent, limité aux seuls jeux de société par le Conseil, mais étendu également aux jouets par la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris, ce qui avait l'effet de diluer l'effet de domination. Cela peut aussi sans doute s'expliquer par les contradictions dans les doctrines économiques elles-mêmes sur le bien-fondé de la sanction de la position dominante relative.

27. Cette sorte de "suivisme" semble être la marque des juristes qui se sentent encore mal à l'aise en matière économique. Ce point essentiel sera vérifié et approfondi lors des entretiens menés ultérieurement par l'équipe de recherche.

28. Cependant, une évolution se fait jour à travers l'utilisation que le Premier Président de la Cour d'Appel de Paris fait du sursis à exécution. En effet, elle utilise assez largement et sans tenir compte des conditions très restrictives habituelles au contentieux administratif, le sursis à exécution.

12.

13. fiche N°7 ; D. 1988, I.R., p.164, somm. comm. p.295 obs. Ch. Gavalda et Cl. Lucas de Leyssac.

14. contre la décision du 21 novembre 1989.

Ce faisant, en premier lieu, elle tempère les condamnations pécuniaires, de plus en plus lourdes, du Conseil de la concurrence. En second lieu, elle utilise pragmatiquement le sursis à exécution pour permettre à l'entreprise poursuivie d'utiliser ce laps de temps pour se mettre en conformité avec les règles, par des moyens contractuels ou autres¹⁵.

Il ne s'agit pas à proprement parler d'un contrôle direct sur l'analyse économique et la sanction pécuniaire mais d'un mécanisme de modulation de ce que l'on peut appeler la politique économique du Conseil de la concurrence.

b) L'affirmation par la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris de son pouvoir de contrôle en matière procédurale

29. La première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris a rendu un nombre significatif d'arrêts sanctionnant des violations par le Conseil de la Concurrence des règles procédurales. Ce contrôle d'ordre procédural peut être plus ou moins intense et directif.

Ainsi, par l'arrêt en date du 28 février 1988¹⁶, la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris, constatant que le nom du rapporteur mentionné n'est pas celui de l'auteur effectif du rapport, plutôt que d'en voir *ex abrupto* une illégalité, invite le Conseil de la Concurrence à s'expliquer sur une éventuelle substitution régulière de rapporteur. Cette façon de procéder tend à montrer l'existence de rapports de collaboration plus que de hiérarchie entre les deux organes.

30. Mais le contrôle hiérarchique peut être plus apparent. Ainsi, par un arrêt en date du 10 mars 1988¹⁷, la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris sanctionne l'absence de communication au requérant d'une lettre essentielle émanant du directeur général de la Concurrence et de la Consommation et de Répression des

15. Ordonnances en date du 20 février 1990 *S.A. Nike France*, même date *Adidas France*, BOCCRF du 1^{er} mars 1990 ; ordonnance en date du 5 mars 1990 *France Loisir*, du 8 mars 1990 *Reebok*, BOCCFR du 27 mars 1990, etc.

V. l'analyse qui en est faite par M. Gros *Le sursis à exécution judiciaire en matière de concurrence (genèse et premier bilan jurisprudentiel)*, Les petites affiches du 8 mars 1991.

16. Fiche N°2 ; D. 1988, somm. comm. 301, obs. Ch. Gavalda et Cl. Lucas de Leyssac.

17. Fiche N°2, D. 1988, somm. comm. 301, obs. Ch. Gavalda et Cl. Lucas de Leyssac.

Fraude. Cette violation des droits de la défense est relevée en application de l'article 18 de l'ordonnance de 1986.

31. On constate ainsi que la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris opère avec fermeté un contrôle au regard de règles non seulement proprement juridiques mais encore dont le juge judiciaire est traditionnellement le garant (libertés individuelles).

32. Il n'est pas sans intérêt de constater que la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans l'arrêt *France Loisir* en date du 19 mars 1992¹⁸, saisie d'une question relative à la détermination du marché pertinent n'opère pas directement un contrôle sur les critères de détermination mais sanctionne pour manque de base légale une motivation qu'elle estime insuffisante. Ce contrôle de motivation est caractéristique de l'attitude du juge judiciaire qui, s'il reste sans doute en retrait dans une appréciation directe des situations et notions économiques, développe une ferme exigence quant à au sérieux de l'information que les différents acteurs et organes doivent lui apporter en la matière. Il n'est inutile de remarquer que cette exigence de motivation qui permet la compréhension de la décision et son contrôle est appuyée par une demande dans le même sens formulée par la doctrine¹⁹ L'appréciation de la qualité de l'information se fait donc essentiellement selon des critères formels, notamment de motivation suffisante et de respect des règles d'organisation du débat.

33. Ainsi, à travers ce contrôle procédural formel, c'est ainsi la qualité procédurale d'un débat économique que le juge judiciaire contrôle, sans y participer très activement quant au fond. Il n'est pas sans intérêt de relever que les oppositions nettes entre le Conseil de la Concurrence et la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris touchant au fond se sont cristallisés à travers des problèmes procéduraux, et notamment de compétence (cf Affaire *Ville de Pamiers*²⁰).

Il peut être considéré comme hasardeux de tirer des textes émanant des organes

18. BOCCRF du 21 mars 1992, Contrat concurrence consommation avril 1992 N°76.

19. Ch. Gavalda et Cl. Lucas de Leyssac, D. 1990, som. com.

20. V. Le rapport de synthèse de droit public.

l'image qu'ils développent d'eux-mêmes. C'est pourquoi la phase d'entretien est essentielle à fin de vérification ou invalidation. Il est sans doute plus périlleux encore de vouloir, à travers une analyse de ces mêmes documents, dégager la conception que l'organe se fait des autres acteurs institutionnels. Cette analyse, qui nécessite donc plus que tout autre une confirmation, n'en est pas moins enrichissante.

II LA CONCEPTION ELABOREE PAR CHAQUE ORGANE DES POUVOIRS DES AUTRES ACTEURS INSTITUTIONNELS

Il s'agit de déterminer quelle image le Conseil de la Concurrence puis la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris se font des différents organes compétents par ailleurs.

A. LA CONCEPTION ELABOREE PAR LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE DES AUTRES ACTEURS INSTITUTIONNELS

34. On ne s'étonnera pas que le Conseil de la Concurrence ne laisse pas transparaître une quelconque conception qu'il serait susceptible de privilégier quant à la nature et aux pouvoirs de la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris, dans la mesure où il relève de son contrôle. En revanche et paradoxalement, il prend implicitement position quant aux pouvoirs du juge administratif.

1. La préférence du Conseil de la Concurrence pour la compétence administrative lorsque le justiciable est une personne publique

35. Lors de l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 1986, la compétence du Conseil de la Concurrence, puis dès 1987, de la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris sur recours, devait être tout la fois simple et générale, les deux qualités allant de pair. Or, c'est le Conseil de la Concurrence qui a, en se déclarant incompétent dans l'affaire *Ville de Pamiers*, ouvert la plaie des questions de compétence²¹, par ailleurs examinées par le rapport de synthèse de droit public.

²¹. V. V. SÉLINSKY sous Paris 31 octobre 1991, D.1992, p.314, N°11.

36. Il convient simplement dans le présent rapport de souligner que le Conseil de la Concurrence a manifesté ici une conception en vertu de laquelle le juge administratif reste le juge naturel de l'administration. La première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris résiste d'une façon discrète²².

2. La considération par le Conseil de la Concurrence de la nature de l'acte administratif en cause

37. Le Conseil de la Concurrence a vu sa position restrictive quant au domaine d'application de l'article 53 de l'ordonnance de 1986 confirmée par la décision du Tribunal des conflits du 6 juin 1989 *Ville de Pamiers*. Mais il est remarquable de noter que c'est d'une façon fort restrictive que le Conseil applique les critères dégagés par le Tribunal.

38. En effet, le Tribunal des conflits a affirmé qu'une personne publique peut être l'objet de procédure devant le Conseil de la Concurrence en vertu de l'ordonnance de 1986 si l'activité en cause était de production, distribution ou de service. Le critère tient donc à l'activité et non à la nature de l'acte, administratif ou non.

39. Certes, le Conseil de la Concurrence a utilisé ce critère dans sa décision du 29 mai 1991²³, mais l'on relève aussi des décisions qui se réfèrent à la nature administrative de l'acte pris pour justifier l'incompétence du Conseil de la Concurrence. Dans ce sens, est particulièrement caractéristique la décision du 11 juillet 1989²⁴. On peut l'analyser comme la persistance des critères classiques de compétence de l'ordre administratif, dans un sens favorable à ce dernier.

B. LA CONCEPTION ELABOREE PAR LA PREMIERE CHAMBRE SUPPLEMENTAIRE DE LA COUR D'APPEL DE PARIS DES AUTRES ACTEURS INSTITUTIONNELS

22. *Infra*, N°

23. BOCCRF 1991, p.181, Les petites affiches du 7 octobre 1991, p.7.

24. *Eleveurs des taureaux de race Camargue*, BOCCRF 1989, N°16, Rapport annuel 1989, p.89

40. La première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris a davantage que le Conseil de la Concurrence l'occasion d'exprimer la conception qu'elle a des autres acteurs institutionnels, ne serait-ce qu'à propos de ce dernier. L'image qu'elle peut alors donner est parfois teintée voire imprégnée d'une touche critique. Ainsi, la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris, par l'arrêt du 20 septembre 1989²⁵, n'hésite à affirmer que les variations répétées de la Commission bancaire soient un facteur d'instabilité et de confusion.

1. La conception du Conseil de la Concurrence par la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris

40. La première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris semble à première vue prendre acte du caractère administratif non-juridictionnel du Conseil de la Concurrence, comme le relève Monsieur le Président Guy Canivet²⁶.

Cependant, par des ordonnances répétées²⁷, le Premier Président de la Cour applique aux décisions du Conseil de la Concurrence le "principe fondamental de la publicité des décisions à forme ou contenu juridictionnel".

Dès lors, il semblerait que la Cour d'appel pose comme principe une nature juridictionnelle, par la forme ou par le contenu, des décisions du Conseil de la Concurrence.

41. En outre, la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris a eu l'occasion d'affirmer le caractère exceptionnel de sa compétence, sur le modèle de celle du Conseil de la Concurrence, ce qui équivaut à se comporter comme un second degré de juridiction, dont la compétence est calquée sur celle de la juridiction de première instance. On remarquera que la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris utilise parfois l'expression de "décision des premiers juges" pour désigner les décisions rendues par le Conseil de la Concurrence.

25. D. 1989, IR, p.250.

26. Préc.

27. ordonnances du 11 juillet 1987 *Conseil national de l'ordre des pharmaciens*, BOCCRF du 13 août 1987, p.77 ; du 11 août 1987 *Société Lyonnaise des Eaux*, BOCCRF du 13 août 1987, p.231 ; du 16 mars 1988 *Chambre syndicale des négociants détaillants en combustibles de Seine-et-Marne*, BOCCRF du 19 mars 1988, p.77.

2. La préférence de la chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris pour la compétence du Conseil de la concurrence lorsque le justiciable est une personne publique

42. On sait que la Cour d'appel de Paris avait dans l'affaire *Ville de Pamiers* affirmé la compétence du Conseil de la concurrence pour contrôler l'activité en générale des personnes publiques, ce qui entraînerait sur recours sa propre compétence. Certes, le Tribunal des Conflits, par la décision précitée, lui a donné tort, mais cette préférence persiste d'une façon implicite.

43. En effet, cette question de compétence, resurgissant régulièrement et destinée à allourdir et à envenimer le contentieux de la concurrence, a été encore récemment posée par l'affaire *Parouty C/ SNCF*²⁸. Le Conseil de la Concurrence s'était déclaré incompétent en se référant à la nature de l'acte litigieux pris par la SNCF, acte de nature administrative. Le débat en est donc resté devant le Conseil au stade procédural de recevabilité. Sur recours, dans son arrêt du 31 octobre 1991, la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris préfère rejeter le recours en ce qu'il est matériellement infondé, en laissant non examinée la question de la recevabilité même de l'action. Cette entorse à l'ordre chronologique de la résolution des questions, qui présume que l'action soit déclarée recevable avant que d'être déclarée infondée, montre que la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris n'entend pas réouvrir une question délicate, susceptible de l'opposer une nouvelle fois au Conseil de la Concurrence.

L'opposition n'en est pas moins latente.

44. Cela d'autant plus que la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris entend concernant son autonomie pleine et entière par rapport au Conseil de la concurrence et à l'administration. Cela apparaît nettement dans l'arrêt *Dermopharmacie* du 28 janvier 1988²⁹ par lequel la Cour limite le rôle que le Commissaire du Gouvernement est appelé à jouer auprès d'elle.

28. Paris 31 octobre 1991, D.1992 p.312 note V. Sélinsky.

29. D.1989, p.499, note Ch. Bolze.

On peut donc conclure de cette première approche que les *a priori* , positions, conceptions et démarche des organes examinées par la présente sous-équipe de recherche sont différentes et que la cohérence entre les différents acteurs insitués étudiés est encore à rechercher. Cette étude est destinée à être confrontée, invalidée et enrichie par les autres rapports de synthèses des sous-équipes de recherche, d'une part, et par les enquêtes sociologiques de terrain, d'autre part.

**LES POUVOIRS NORMATIFS
EN JEU
DANS LE DROIT DE LA CONCURRENCE**

**Synthèse à partir des arrêts
rendus par la Cour de justice
et le Tribunal de première instance
des Communautés européennes**

*Louis VOGEL
Philippe JOUARY
Sophie MUYARD
Laurent SCHWARTZ
Jean-Pierre WEISS*

SEPTEMBRE 1992



83 bis, rue Notre Dame des Champs
75006 PARIS
Tél. 44.41.59.31; 44.41.59.32; 40.46.81.64
fax 40.51.01.14

RECHERCHE
LES POUVOIRS NORMATIFS EN JEU DANS LE DROIT DE LA
CONCURRENCE
ENTRETIEN

Monsieur Olivier Douvreur
Chef du Bureau du droit commercial, Direction des Affaires
Civiles et du Sceau, Ministère de la Justice

Entretien mené le 11 mai 1993, en présence de Mademoiselle
Murielle Brouillet et de Madame Marie Naudet-Sénéchal,
collaboratrices de recherche.

- 1°. Quels sont selon vous les avantages du droit de la concurrence?
- 2°. Quels sont selon vous, les inconvénients du droit de la concurrence?
- 3°. Quels phénomènes, selon vous, sont à l'origine des ces avantages et de ces inconvénients?

Par définition, le droit doit présenter une stabilité minimale. Cette stabilité est-elle compatible avec les phénomènes économiques ? Oui, car répondre par la négative reviendrait à dire que le droit ne peut pas appréhender les phénomènes économiques, ce qui serait à la fois regrettable et inexact, car le droit a toujours appréhendé, en dehors même de la concurrence, les phénomènes économiques. S'agissant d'ailleurs de la concurrence, la règle juridique, stable, est d'autant plus légitime que la concurrence n'est pas un phénomène spontané. Poussée à son terme, la concurrence tue la concurrence. Le droit, par conséquent, doit fixer les règles du jeu et garantir le respect de ces règles. La concurrence n'est seulement une liberté, elle est aussi une obligation pesant sur les entreprises.

- 4°. Quelle serait selon vous l'évolution souhaitable du droit de la concurrence?
- 5°. Quelle serait selon vous l'évolution possible du droit de la concurrence?

L'évolution souhaitable est que le droit de la concurrence ne soit pas "débordé" par les phénomènes économiques anticoncurrentiels, c'est-à-dire qu'apparaissent des pratiques commerciales nouvelles, anticoncurrentielles, n'entrant pas dans les prévisions des textes.

6° La concurrence relève t-elle, selon vous, de la matière juridique, de la matière économique, ou des deux?

Des deux évidemment.

7° Si vous estimez qu'elle relève des deux matières, sont-elles, selon vous d'égale importance?

8° Selon vous, l'une prévaut elle sur l'autre, ou devrait prévaloir sur l'autre?

Je ne pense pas qu'il y ait prévalence de l'une sur l'autre. Le droit de la concurrence relève autant de la matière juridique que de la matière économique. S'agissant, au contraire, du contrat, la dimension juridique peut être dans une certaine mesure, indifférente à la dimension économique. On pourra apprécier la validité juridique d'un contrat, sans en faire une analyse économique. La démarche est différente en droit de la concurrence. Celui-ci n'est pas un droit des actes juridiques, mais un droit des phénomènes économiques, et, en premier lieu, du marché. Il n'est, dès lors, pas possible de raisonner autrement que sur ces réalités économiques qu'il faut passer au crible du juridique.

9° Quelles sont les branches du droit qui vous semblent surtout concernées par le droit de la concurrence?

Par définition, le droit applicable à l'économie, ou à tel ou tel secteur économique : droit commercial, droit de l'entreprise, etc....mais aussi droit de la police administrative de telle activité, droit professionnel, droit de l'interventionnisme économique des personnes publiques....

10°. Plus particulièrement, que pensez vous des rapports que le droit public et le droit privé entretiennent en matière de droit de la concurrence?

En l'état du droit français de la concurrence, ces rapports sont inévitables, au moins parce que le Conseil de la Concurrence est, en jurisprudence constitutionnelle, une autorité administrative. Il en résulte une certaine "mixité" du droit de la concurrence, dont on peut trouver de nombreux témoignages. Ainsi du contrôle exercé par la cour d'appel de Paris sur les décisions du Conseil de la Concurrence : la cour d'appel emploie des techniques qui ne sont pas sans évoquer les techniques propres au contentieux administratif (ex. censure de l'erreur manifeste d'appréciation, division

du contrôle juridictionnel en contrôle de légalité et contrôle d'opportunité, etc...).

11° A cet égard, que pensez vous du transfert de compétence que la loi de 1987 a opéré, concernant l'examen des recours formés contre les décisions du Conseil de la concurrence, du Conseil d'Etat à la Cour d'appel de Paris ?

Le succès de la procédure de recours devant la cour d'appel de Paris, puis la Cour de Cassation, montre que le transfert était nécessaire. La volonté de former un bloc de compétence judiciaire était à l'évidence justifiée : compétence judiciaire en matière de droit pénal de la concurrence, de concurrence déloyale, plus largement de droit commun des activités économiques, nécessité d'une unification par la Cour de Cassation... EN réalité, seul un critère organique pouvait militer en faveur du maintien de la compétence administrative. Il est heureux que le législateur ait fait prévaloir sur le critère organique le critère de fond, conduisant à la formation d'un bloc de compétence judiciaire.

12° A cet égard, pensez vous que le Conseil de la concurrence est un organe administratif, un organe juridictionnel ou un organe justifiant une qualification nouvelle?

En droit positif, le Conseil constitutionnel a affirmé le caractère administratif du Conseil de la concurrence. Cela ne doit donc plus soulever de problèmes puisque les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent à tous. Faut-il envisager un changement? A partir du moment où l'on a une juridiction de recours qui est la Cour d'appel de Paris, qu'importe de savoir si le Conseil de la concurrence est une juridiction ou pas. Y a-t-il par exemple un écart significatif entre le respect des droits de la défense devant le Conseil de la concurrence et devant les juridictions judiciaires? En d'autres termes, ne serait-on pas en présence d'une situation à peu près équivalente, qui ferait que, de ce point de vue la question ne présenterait guère d'intérêt pratique. Si dans un proche avenir une loi venait qualifier le Conseil de la concurrence de juridiction, quelles seraient les conséquences sur les droits de la défense? S'agissant de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, la Cour d'appel et la Cour de cassation se sont prononcées en faveur de l'application de l'article 6. Ni l'une ni l'autre cependant n'ont précisé si cela se justifiait au titre des contestations en matière civile ou d'une accusation en matière pénale. Je pense naturellement que cette solution est satisfaisante, quelle que soit l'opinion que l'on peut avoir de la nature juridique du Conseil de la Concurrence. Par curiosité personnelle j'aurais aimé que la Cour de cassation nous dise à quel titre. Le dispositif Conseil de la concurrence me paraît infiniment plus protecteur des droits de la défense que le

dispositif COB. Dans les textes de 1989 qui régissent les procédures COB, il n'y a pas grand chose qui concerne les droits de la défense. Le principe du contradictoire est affirmé mais pas développé. La procédure Conseil de la concurrence, quant-à elle est quand même bien développée dans l'ordonnance et le Décret, les délais, les notifications, etc... Cette explicitation est faite en vue de protéger les droits de la défense et en particulier le principe du contradictoire. Le législateur a-t-il pris beaucoup moins de précautions pour la COB que pour le Conseil de la concurrence. La principale différence entre la COB et le Conseil de la concurrence est que l'un concentre tous les pouvoirs et l'autre pas. La COB édicte la norme, elle est à la fois législateur et enquêteur ce qui me semble t-il est beaucoup pour une seule autorité. Ce grief ne peut pas être adressé au Conseil de la concurrence, dont la compétence est limitée à celle d'un organe régulateur. Faut-il faire du Conseil de la concurrence une véritable juridiction? Du point de vue organique le Conseil de la concurrence est-il composé d'une façon telle que l'on puisse sans danger dire que c'est une juridiction? C'est le débat sur ce qu'est un magistrat, ce qu'est un juge... Les procédures de nomination, le statut etc... Une loi pourrait-elle nous dire si le Conseil de la concurrence est une juridiction sans aller au delà, c'est à dire sans révoquer ou modifier sa composition notamment. On peut s'interroger sur ce point.

13° A cet égard, pensez-vous que la Cour d'appel de Paris, lorsqu'elle statue sur les recours formés contre les décisions du Conseil de la concurrence, statue comme une juridiction ordinaire de l'ordre judiciaire, ou pensez-vous qu'elle constitue alors une juridiction spécifique?

Elle reste une juridiction ordinaire, mais incontestablement son attribution est spécifique, c'est à dire qu'elle ne juge pas en tant que juridiction d'appel. Dans ces conditions elle est forcément une juridiction spécifique et unique.

14° Que pensez-vous des rapports que le droit interne et le droit communautaire entretiennent en matière de concurrence?

Ils me paraissent satisfaisants, dans la mesure où ils correspondent à une logique économique évidente. L'ordonnance de 1986, par ailleurs, s'est efforcée de s'inspirer de l'article 85 du Traité de Rome, de "coller" à cet article. Certains auteurs, dans ces conditions, appellent de leurs vœux la distinction entre un "grand" droit de la concurrence, et un "petit" droit de la concurrence, celui-ci n'ayant vocation à s'appliquer qu'aux marchés strictement locaux et étanches...

15° Que pensez-vous des rapports que le droit pénal et le droit non-pénal entretiennent en matière de concurrence?

Ces rapports ont été clarifiés par l'ordonnance de 1986 qui a mis fin à la confusion entre les qualifications pénales et non pénales des pratiques restrictives et anti-concurrentielles. La dépenalisation à laquelle a procédé ce texte me paraît donc une bonne chose. Il convenait malgré tout de ne pas exclure totalement la répression pénale du droit de la concurrence, qui ne saurait être réduit à la sanction des rapports bilatéraux ou multilatéraux entre entreprises. En d'autres termes, le droit de la concurrence ne saurait reposer seulement sur la sanction de la concurrence déloyale et sur l'article 1382 du Code civil. Il est un droit du marché, et il doit donc être aussi un droit sanctionneur. Tel est, par exemple, l'objet de l'article 17 de l'ordonnance, dispositif pénal, mais dont les éléments constitutifs ne se confondent pas avec ceux des dispositifs non pénaux.

16° : Que pensez vous des rapports que le droit commun et le droit spécial de la concurrence entretiennent en la matière?

Dans la loi, comme en jurisprudence, le droit spécial de la concurrence prime le droit commun. Voir, par exemple, l'affaire des cuves dans les stations-services. Dans cette affaire, ont été sanctionnés, sur le terrain du droit de la concurrence, des contrats valides au regard du droit commun.

On peut d'ailleurs, s'interroger sur l'emploi du terme "droit spécial de la concurrence". J'hésite à opposer le droit commun d'une part, et le droit spécial de la concurrence d'autre part : le droit de la concurrence est, en réalité, un droit commun, mais dont l'objet, c'est-à-dire le marché, est différent du "prétendu" droit commun, dont l'objet est le contrat. Ne faut-il pas plutôt opposer le droit commun du contrat et le droit de la concurrence ?

17° Quelle formation souhaiteriez-vous pour les personnes appelées à pratiquer ce droit?

La formation doit être pour partie économique. Dès lors qu'il s'agit d'appliquer à un phénomène économique des règles juridiques on ne peut tout ignorer de ce phénomène économique. Il faut être en mesure de l'appréhender, de le comprendre. Je ne veux pas dire par là que le droit de la concurrence doit être appliqué par des économistes, simplement une formation économique me paraît nécessaire. Il reste évidemment à s'entendre sur ce qu'est une formation économique. Il ne semble pas qu'une formation de quatre ans à l'Université, par exemple, soit indispensable ; des connaissances économiques différemment acquises peuvent suffire.

18° Estimez-vous que la formation que vous avez vous-même reçue vous a suffisamment et complètement préparé.

En toute hypothèse, cette formation ne peut incomber seulement à l'ENM. Celle-ci a pour vocation de former de magistrats aptes à exercer toutes les fonctions judiciaires; Il ne convient pas, à mon avis, que soit organisée à l'ENM une spécialisation des magistrats. S'agissant de la formation requise pour la pratique du droit de la concurrence, c'est surtout du côté de l'Université, donc du côté de la formation préalable à la formation professionnelle proprement dite, qu'il faut se tourner.

19° Une formation initiale vous paraît-elle suffisante ou une formation permanente vous paraît-elle nécessaire?

Je crois que les deux sont nécessaires. Une formation initiale doit être sans aucun doute complétée par une formation continue. Ceci étant, on peut faire soi-même sa propre formation continue. En effet, tout juriste est en formation continue du début à la fin de sa carrière.

20° Des contacts avec des personnes de formations différentes vous paraissent-elles inutiles, utiles, ou nécessaires?

Des contacts entre personnes de formations différentes me paraissent tout à fait nécessaires.

21° Eprouvez-vous des difficultés de relation avec les autres pôles de régulation de la concurrence?

22° Avez-vous trouvé des difficultés de coordination entre ces pôles?

Etant au ministère, je n'ai pas à proprement parler de relations professionnelles avec le Conseil de la concurrence. Nous sommes en quelque sorte en retrait. De mon point de vue je n'ai pas l'impression qu'il y ait des conflits entre les pôles de régulation, mais peut-être ai-je une vision un peu trop angélique des choses. La soumission des décisions du Conseil de la concurrence à la Cour d'appel s'est faite dans d'assez bonnes conditions, aussi bien au plan procédural qu'au plan d'une bonne administration de la justice ou des rapports personnels.

23° Trouvez-vous que les relations entre les pôles sont simples, complexes ou trop complexes?

Je trouve que les relations sont simples, en tout cas eu égard à ce que cela aurait pu être. Il y a dix ans, personne n'aurait compris que l'on veuille soumettre un organisme administratif au contrôle de la Cour d'appel de Paris, cela aurait été inimaginable. Je ne prétends pas que les relations soient très simples mais je ne vois pas d'autre moyen de procéder. On n'imagine pas, par exemple, une centralisation du contentieux de la concurrence déloyale. La question est alors de savoir si la Cour de cassation remplit

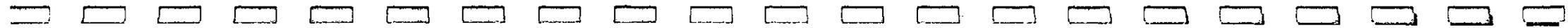
suffisamment son rôle d'unification. Pour ma part, je le pense.

- 24° Avez vous déjà été confronté à des situations de conflits entre les pôles de régulation?
25° Avez vous déjà été confronté à des situations de blocage entre les pôles de régulation?

Etant hors de ces pôles de régulation, je n'ai pas eu à vivre de telles situations, ni même à les arbitrer. Je ne pourrai donc faire de plus amples développements à ce sujet

- 26 Quelle finalité donnez vous à la concurrence?
27° Quelle finalité donnez- vous au droit de la concurrence?

Je dirais qu'un marché concurrentiel est supposé optimiser au maximum les ressources du marché.
La finalité du droit de la concurrence est de veiller à ce que les conditions de réalisation de ce marché concurrentiel soient réunies. Elles ne le seraient pas s'il n'y avait pas de droit de la concurrence et si sur certains marchés on laissait s'installer des situations de monopole.



83^{bis}, rue Notre-Dame-des-Champs
75006 Paris
tél. 44.41.59.31 ; 44.41.59.32 ; 40.46.81.64
fax 40.51.01.14

RECHERCHE
LES POUVOIRS NORMATIFS EN JEU DANS LE DROIT DE LA CONCURRENCE
Entretien

Monsieur le Premier Président Pierre DRAI

Entretien mené le 6 avril 1993, en présence de Monsieur le Professeur Dany Cohen, Madame le Professeur Marie-Anne Frison-Roche et de Monsieur Laurent Schwartz.

Observation préalable de Monsieur le Premier Président Pierre Drai :

Il faut être modeste, et je ne répondrai qu'aux questions auxquelles je peux raisonnablement répondre, en raison du fait que j'ai quitté ce contentieux depuis que je suis entré à la Cour de cassation.

1°. Quels sont, selon vous, les avantages du droit de la concurrence?

La question est ambiguë. On peut déjà dire que le droit de la concurrence est un avantage pour le juge!

En effet, la connaissance du droit de la concurrence est un élément essentiel pour la formation du juge et pour assurer sa place dans la société. Quand on nous a donné ce contentieux en décembre 1986, j'y ai vu un avantage : permettre au juge de sortir du cadre trop strictement juridique pour entrer de plein pied dans le monde des affaires. J'ai toujours pensé que les problèmes de notre société ne pouvaient se traiter sur un plan purement juridique et que le juge doit baigner dans le monde des affaires. J'ai toujours été frappé par le fait qu'un étudiant ayant étudié le droit commercial ne faisait plus du tout de droit commercial avant 20 à 25 ans d'exercice de la profession, en attendant d'être dans une chambre commerciale d'une cour d'appel, pour plonger dans le monde des affaires. Trop de juges ignoraient dans la réalité économique l'acte de commerce, les procédures collectives, la constitution des sociétés, etc... Quand l'ordonnance de 1986 est intervenue les juges de l'ordre judiciaire ont enfin marqué leur place dans le monde des affaires.

Tout ce qui constitue le droit de la concurrence, réparti entre les chambres pénales, civiles, commerciales (vue fragmentaire), est soumis à l'action des juges et la favorise.

Avec ce transfert de compétence, s'est donc posée immédiatement la question de la formation des juges.

Le droit de la concurrence constitue une des applications des principes fondamentaux des contrats et obligations, relevant du droit privé et les rapports d'affaires entre opérateurs

économiques devaient relever normalement de l'ordre judiciaire, ordre juridictionnel par excellence.

Les opérateurs économiques attendent une certaine confidentialité de leurs relations, la rapidité dans les procédures et un minimum de sécurité dans la solution des problèmes. C'est ce qui les pousse à avoir recours aux arbitres. Il fallait donc faire en sorte de réaliser ces impératifs et la Cour d'appel devait aborder ce nouveau contentieux avec la technicité voulue.

Sur le fond, l'intervention du juge dans l'établissement et le développement des relations d'affaires s'impose toujours car le juge empêche le renard de rentrer dans le poulailler. La concurrence sans le contrôle du juge ne permet pas d'assurer l'état de droit. Il suppose une limite aux passions, aux comportements. Ces limites sont justifiées si elles sont assurées par le juge. Libéralisme, oui, mais avec la possibilité pour le juge d'intervenir. Il est nécessaire que dans toute conduite humaine, il y ait un minimum de règles qui assure la liberté de chacun et la protection du faible. Sinon, c'est la jungle et la foire...

2°. Quels sont, selon vous, les inconvénients du droit de la concurrence?

3°. Quels phénomènes, selon vous, sont à l'origine de ces avantages et de ces inconvénients?

Avant 1986, le fonctionnaire était le grand maître d'œuvre de l'activité économique. Mais il faut laisser la liberté aux opérateurs et il faudrait lutter contre une tendance de retour au dirigisme. Le principe, c'est la liberté, mais il ne faut pas en abuser. Il y a une analogie entre la théorie classique de l'abus de droit et l'esprit du droit de la concurrence. Le juge doit être suffisamment audacieux pour aller au-delà des textes et bâtir quelque chose. Les juges les plus imaginatifs font ainsi avancer la règle de droit. Il ne faut aller vers trop d'exégèse des textes. Il y a vraiment un esprit libéral dans l'élaboration et l'application des textes. Le juge est l'homme par lequel la liberté est assurée : il est l'animateur qui assure la liberté, mais qui fixe aussi les règles. Il faut par principe être libéral mais il y a des limites à ne pas dépasser : la règle doit être que ce qui n'est pas interdit est permis.

Il faut donc juridiciser le droit de la concurrence, pour assurer l'Etat de droit, à travers les principes généraux du droit.

4°. Quelle serait, selon vous, l'évolution souhaitable du droit de la concurrence?

5°. Quelle serait, selon vous, l'évolution possible du droit de la concurrence?

J'ai envie de dire qu'il faut laisser les choses se développer et mieux assurer la place du juge entre les participants du droit de la concurrence : encore plus de liberté, mais face au contrôle du juge. Ce sera la garantie pour la liberté juridique. Seul le juge assurera la sécurité juridique et la prévisibilité. Il faut que le juge soit formé pour cela et ait la volonté politique d'assurer l'effectivité de ces deux principes. Pour cela, il faut que le juge contrôle le fond du droit de la concurrence. Il faut que le juge reçoive une formation économique (expérience des Lundi de la concurrence). Le droit économique trouve sa place dans la formation continue. Il faut du temps et la volonté pour cela.

6°. La concurrence relève-t-elle, selon vous, de la matière juridique, de la matière économique, ou des deux?

7°. Si vous estimez qu'elle relève des deux matières, sont-elles, selon vous, d'égale importan-

ce?

8°. Selon vous, l'une prévaut-elle sur l'autre, ou devrait prévaloir sur l'autre?

Le droit de la concurrence relève et du juridique et de l'économique. Il y a des deux. On pourrait fort bien enseigner le droit de la concurrence dans le cadre classique du droit commercial, en application du droit des contrats et obligations, puis, sur un plan supérieur, celui du marché. Mais les théories applicables au marché sont étrangères aux connaissances du juge. Il faut que le juge connaisse le poulailler qu'il garde contre le renard... Le marché relève manifestement de l'économique. Il est ainsi particulièrement opportun d'avoir en la matière des conseillers en service extraordinaire, notamment dans la chambre commerciale (chef d'entreprise ou juge consulaire, par exemple). Il faut éviter le trop-juridique, le trop-abstrait. L'attention du juge doit être attiré sur les conséquences concrètes et économiques de ses décisions.

Le monde de l'économie entre dans la Cour de cassation et le juge va dans le monde économique ; ainsi une rencontre a été opérée entre les assureurs et les conseillers de la première chambre civile, qui découvrent ainsi mieux le monde de l'assurance).

9°. Quelles sont les branches du droit qui vous semblent surtout concernées par le droit de la concurrence?

10°. Plus particulièrement, que pensez-vous des rapports que le droit public et le droit privé entretiennent en matière de concurrence?

Le droit de la concurrence relève et du droit privé et du droit public. Ce distinguo est d'ailleurs assez factice... Si l'on va vers le libéralisme, il faut faire valoir la prévalence des volontés individuelles sur le marché. Sinon, c'est le dirigisme.

11°. A cet égard, que pensez-vous du transfert de compétence que la loi de 1987 a opéré, concernant l'examen des recours formés contre les décisions du Conseil de la concurrence, du Conseil d'Etat à la Cour d'appel de Paris?

12°. A cet égard, pensez-vous que la Cour d'appel de Paris, lorsqu'elle statue sur les recours formés contre les décisions rendues par le Conseil de la concurrence, statue comme une juridiction ordinaire de l'ordre judiciaire, ou pensez-vous qu'elle constitue alors une juridiction spécifique?

La Cour d'appel est de l'ordre judiciaire, mais elle doit faire preuve d'un état d'esprit spécifique car elle est seule en son genre : le contentieux est nouveau et mélange, d'une façon pas toujours harmonieuse, droit privé et droit public. Le contentieux a été attribué à l'ordre judiciaire en tant qu'il est judiciaire, conséquence de l'affirmation de la libération des marchés.

15. Que pensez-vous des rapports que le droit interne et le droit communautaire entretiennent en matière de concurrence?

Je me considère comme un juge communautaire! Le seul problème, c'est que les praticiens ne soumettent souvent au juge que le droit interne... C'est pourquoi j'ai développé des conférences de droit communautaire au sein de la Cour de cassation. Le rapprochement européen est tout à fait normal. La circulation des jugements est un grand progrès et c'est ainsi que se construira l'Europe.

15. Que pensez-vous des rapports que le droit pénal et le droit non-pénal entretiennent en matière de concurrence?

16. Que pensez-vous des rapports que le droit commun et le droit spécial de la concurrence entretiennent en la matière?

Dès lors qu'on libéralise, il faut dépénaliser. Cela n'exclut pas la possibilité d'imposer des sanctions, des pénalités, notamment civiles. Le droit pénal doit rester dans sa sphère et le droit de

la concurrence, dès lors qu'il tend à une libéralisation du marché, doit se retirer du droit pénal. Cela ne doit pas être un droit sanctionnateur relevant du droit pénal.

D'une façon plus générale, au regard des autres branches du droit, le juge ne peut faire aussi bien que le professeur dans l'appréhension des problèmes. Le professeur voit synthétiquement les choses; le juge intervient ponctuellement. Ainsi, une affaire a concerné les rapports du droit de la concurrence et du droit social, mais d'une façon ponctuelle. C'est pourquoi les professeurs doivent venir eux-aussi en conseillers extraordinaires à la Cour de cassation, car ils doivent apporter leur vue synthétique.

Il faut que la Cour de cassation évolue vite dans ce sens.

17. Quelle formation souhaiteriez-vous pour les personnes appelées à pratiquer ce droit?

18°. Estimez-vous que la formation que vous avez vous-même reçue vous a suffisamment et complètement préparé?

19°. Une formation initiale vous paraît-elle suffisante ou une formation permanente vous paraît-elle nécessaire?

20°. Des contacts avec des personnes de formations différentes vous paraissent-ils inutiles, utiles ou nécessaires?

Quant à la formation, il faut que les personnes en charge de ce droit s'ouvrent au monde extérieur, s'éloignent de la logique formelle syllogistique et baignent dans un milieu économique qu'ils connaissent. Il faut que les juges soient capables de parler avec des opérateurs économiques et être en mesure d'apporter la contestation.

Les juges sont dans un milieu trop juridique et ne sont pas toujours attirés par le droit économique car ils n'en sont pas familiers. Pour améliorer cela, l'on pourrait penser à une sorte d'échevinage à la Cour d'appel de Paris, en matière de concurrence. D'une façon générale, on remarque que le niveau d'un délibéré s'élève dès lors qu'il y a des personnes venues de l'extérieur. Il faut développer les échanges et l'on peut vraiment dire aujourd'hui que le juge est sorti du néolithique. Mais il doit être mieux formé et ne pas se limiter au contrôle de procédure, la procédure n'étant qu'un outil.

La formation que j'ai reçue ne m'a pas suffisamment préparé et il a fallu prendre les mesures nécessaires en 1986. Il a ainsi fallu aller "à l'école du droit de la concurrence", et ce fut une période heureuse de ma vie de premier président.

21°. Eprouvez-vous des difficultés de relation avec les autres pôles de régulation de la concurrence?

22°. Avez-vous éprouvé des difficultés de coordination entre ces pôles?

23°. Trouvez-vous que les relations entre les pôles sont simples, complexes, trop complexes?

24°. Avez-vous déjà été confronté à des situations de conflits entre les pôles de régulation?

25°. Avez-vous déjà été confronté à des situations de blocages entre les pôles de régulation?

En raison des formations différentes, il y a une difficulté de relations particulières. Ainsi, se pose la question de la Cour d'appel de renvoi après cassation.

En conclusion, c'est un bonheur pour la magistrature française d'avoir reçu ce contentieux. C'est l'affirmation que le juge de l'ordre judiciaire a un rôle à jouer, et pas seulement dans les relations entre personnes privées : il a pu s'affirmer dans notre société. Il faut donc développer son action en la matière.

83 bis, rue Notre-Dame-des-Champs
75006 Paris
tél. 44.41.59.31 ; 44.41.59.32 ; 40.46.81.64
fax 40.51.01.14

RECHERCHE
LES POUVOIRS NORMATIFS EN JEU DANS LE DROIT DE LA CONCURRENCE
Entretien

Monsieur DUBOIS
D.G. 4, COMMISSION DES COMMUNAUTÉES EUROPÉENNES, Bruxelles

Entretien mené le 8 mars 1993, en présence de Madame le Professeur Marie-Anne FRISON-ROCHE et de Monsieur le Professeur Louis VOGEL.

Observation préalable de Monsieur Dubois :

Cette recherche a été diligentée par le Ministère de la Justice et l'on aurait aussi pu concevoir qu'elle soit diligentée par le Ministère de l'Economie.

La notion de droit de la concurrence est très vaste, très large. Il y a deux grands domaines : le droit de la libre concurrence et le droit des pratiques déloyales. Si l'on parle au niveau communautaire, il n'y a pas de droit communautaire des pratiques déloyales, mais le droit de la libre concurrence s'y est développé. Il convient donc de ne parler que de celle-là. Des droits internes, français et belges notamment, traitent des deux, ce qui amène sans doute les gens qui s'en occupent à avoir une autre approche des problèmes.

1°. Quels sont, selon vous, les avantages du droit de la concurrence?

L'expression "avantages" est ambiguë : il faut poser au départ que l'on fait fonctionner des économies de marché, sinon il ne peut y avoir de droit de la libre concurrence. A partir de ce point de départ, peut se développer un droit de la libre concurrence.

Son avantage, c'est tout simplement d'établir des règles du jeu, indiquer les limites qu'on ne peut pas dépasser dans les relations contractuelles entre entrepreneurs ou dans les comportements et pratiques qui sont considérés comme abusifs. C'est un filet protecteur autour de la concurrence.

Mais où placer les limites? Faut-il poser un principe de licéité, le comportement n'étant sanctionné que s'il porte atteinte à l'intérêt public, comme en Angleterre? On a plutôt opté pour un système qui pose en principe les interdictions et conçoit exceptionnellement les autorisations. Le premier stade est donc l'interdiction, car l'on estime que les pratiques sont, par essence, restrictives du libre jeu de la concurrence. Il ne s'agit pas de porter un quelconque jugement éthique en la matière et d'estimer que c'est bien ou mal de restreindre la concurrence. L'on se fait certes sanctionner pour cela, mais ce n'est pas l'effet d'un jugement moral. C'est un système purement objectif.

Les objectifs fondamentaux, c'est de faire fonctionner d'une façon suffisamment efficace l'économie de marché. Plus globalement, on ne laisse subsister sur le marché que les entreprises performantes, qui peuvent prospérer sans être entravées dans leurs développements.

On pense que cela peut avoir un intérêt finalement pour le consommateur. Le bien-être du consommateur n'est pas l'objectif premier (il y a un droit de la consommation pour cela), mais c'est un élément de la "politique de la concurrence", laquelle peut fluctuer dans le temps, et l'on peut accentuer cet objectif à certaines époques. Le droit de concurrence peut avoir des effets favorables sur les consommateurs, mais il n'est pas le droit de la consommation. Ainsi, l'interdiction des prix prédateurs n'est pas en faveur des consommateurs : il peut donc y avoir certaines antinomies entre droit de la concurrence et protection des consommateurs.

Le droit de la concurrence peut être aussi utile dans la "politique industrielle", dans la mesure où les entreprises plus performantes peuvent rester sur le marché et cela peut avoir un effet incitateur pour l'activité économique. Il peut y avoir aussi opposition entre droit de la concurrence et politique industrielle, dans les politiques de soutien. Mais la Communauté, pour l'instant, ne fait pas de politique industrielle dans l'application du droit de la concurrence. Il y a une quasi-antinomie de termes entre politique industrielle, qui va de l'incitation à la planification, qui est anti-concurrentielle sur certains aspects et même l'est par nature, et le droit de la concurrence. La politique industrielle relèverait de l'article 85-3, c'est-à-dire de l'exemption, où les marges d'appréciation sont plus grandes. Ainsi, on a quelque peine à intégrer dans la matière du droit de la concurrence le droit de l'environnement, ou la considération de la culture.

2°. Quels sont, selon vous, les inconvénients du droit de la concurrence?

3°. Quels phénomènes, selon vous, sont à l'origine de ces avantages et de ces inconvénients?

Peut-être, le premier inconvénient est juridique : on donne l'impression que l'on encadre l'activité des entreprises par des règles strictes qui obligent à tenir compte de certaines nécessités de communication et de notification, d'entrer dans des procédures compliquées. Ce serait un carcan supplémentaire pour les entreprises.

L'autre inconvénient du droit de la concurrence, en ce qu'il est ainsi basé sur des règles précises, serait son excès de rigidité pour tenir compte d'éléments macro-économiques, qui fait notamment qu'il ne peut intégrer les politiques extérieures, industrielles, culturelles. Mais, en pratique, dans certains cas, on en tient compte consciemment ou inconsciemment, directement ou indirectement. On peut ainsi se référer à la politique de la distribution de l'automobile qui prend en considération les politiques extérieures.

Autre inconvénient, l'imprévisibilité des solutions en droit de la concurrence vient du fait qu'il s'agit d'un droit en formation, qui ne s'applique pas à des relations fixes, mais à des opérateurs qui ont une activité économique et commerciale dépendant d'autres facteurs extérieurs dont ils n'ont pas la maîtrise, et dépendant de leur propre performance. Les notions sont aussi plutôt économiques que juridiques. Ainsi, quand, à la Commission, on a lu la première fois l'article 85 du Traité de Rome, on ne pouvait qu'être perplexé. L'information tant économique que juridique va s'améliorer, notamment en ce qui concerne la détermination du

marché pertinent.

Les entreprises mesurent aujourd'hui mieux les risques qu'elles encourent : elles sont informées des limites qu'elles ne peuvent pas franchir. Il est vrai que ces limites évoluent, ainsi le problème de la coopération inter-entreprises est plus flou, mais 500 décisions ont été rendues en la matière par la Commission ... Mais des problèmes nouveaux se posent : l'application du droit de la concurrence aux professions libérales en est un exemple. C'est un monde nouveau et les entreprises concernées sont dans l'incertitude ; mais on module l'application et la sanction en conséquence. Il demeure que l'ignorance du droit est un argument de défense de moins en moins accepté par la Commission. Le droit de la concurrence, c'est un code de la route qu'il faut respecter. Pour promouvoir la sécurité juridique, il faut, par des communications ou des règlements, fixer clairement les règles du jeu (cf accord d'exemption).

L'imprévisible peut être atténué par l'entreprise, qui peut consulter des spécialistes ou la Commission elle-même. Les entreprises ne le font pas toujours et cela dépend souvent des pays. Ainsi, en ce qui concerne les entreprises qui ont vécu dans une économie réglementée, le réflexe à de nouvelles règles n'est pas acquis (Espagne). En Allemagne, le réflexe est bien intégré. En France, on est à mi-chemin. Les raisons sont donc historiques. Il faut tenir compte aussi de l'importance du secteur public dans l'économie : ainsi, en Italie, il y a une grande incertitude. Le droit de la concurrence doit alors être très rapidement intégré.

4°. Quelle serait, selon vous, l'évolution souhaitable du droit de la concurrence?

5°. Quelle serait, selon vous, l'évolution possible du droit de la concurrence?

Sur le terrain législatif, nous souhaitons une convergence des droits nationaux de la concurrence, sur le modèle communautaire. C'est d'ailleurs le cas : les droits nationaux en formation adoptent harmonieusement les mêmes concepts : ainsi, la loi nouvelle belge qui va entrer en vigueur, est quasiment un décalque du droit communautaire et des législations voisines. Ainsi, sur le terrain des institutions, ce sera comme en France. Les anglais envisagent de modifier leur loi pour adopter les mêmes normes communautaires. Les lois nouvelles grecques, italiennes, espagnoles sont également des décalques. Certes, les allemands ne modifient pas leurs normes mais ils en modifient l'application pour se rapprocher. Car l'homogénéité dans l'application est primordiale.

Cela est d'autant plus important que nous prônons la décentralisation du droit de la concurrence, rendue possible par une harmonisation effective qui est intervenue assez naturellement (*soft harmonisation*, sans directive). Il faut décentraliser vers les juges nationaux, qui appliqueront directement le droit européen, dans le cadre d'une certaine collaboration pour en faciliter l'application. Il faut décentraliser vers les organes chargés de la politique de la concurrence. Ce n'est d'ailleurs que le renforcement d'une politique de coopération qui fonctionne depuis très longtemps. Cela permettra de fixer plus rapidement les règles, pour la sécurité juridique des entreprises. Cela est déjà acquis pour les concentrations. Mais cela augmentera les contraintes sur les entreprises. Les procédures sont certes plus rapides, et les dossiers rapidement tranchés par la Commission. Mais elle sont aussi plus lourdes (cf notification des concentrations, où il ne faut rien oublier...).

Sur le fond, il n'y a pas de projet de modifications des normes, car il n'est pas à l'ordre du jour de modifier le Traité de Rome,

lequel est très respecté par la CJCE. La modification du Traité de Rome n'est guère possible, maintenant que les droits nationaux se sont alignés! L'harmonisation des droits nationaux au regard du droit communautaire est ainsi un facteur qui freine l'évolution du droit communautaire lui-même.

6°. La concurrence relève-t-elle, selon vous, de la matière juridique, de la matière économique, ou des deux?

7°. Si vous estimez qu'elle relève des deux matières, sont-elles, selon vous, d'égale importance?

8°. Selon vous, l'une prévaut-elle sur l'autre, ou devrait prévaloir sur l'autre?

L'activité concurrentielle est évidemment économique. L'encadrement est bien sûr juridique. Une fois qu'on dit du "droit économique", on a donné la réponse. Mais dans le domaine juridique, c'est plutôt de l'économique. Il faut distinguer le droit civil pur, et le droit de l'économie. Tout notre droit évolue vers l'intégration de l'économie dans le droit, notamment par la création de nouveaux concepts juridiques, le droit s'adaptant ainsi, ... mais toujours en retard.

Il y a donc une certaine difficulté de la part des juridictions classiques à appréhender le droit de la concurrence, et c'est pourquoi les Etats membres ont créé des organes *ad hoc*. Certes, on pourrait aider le juge classique, mais il n'est compétent que pour trancher les litiges. Une juridiction de concurrence a une compétence plus large, car elle peut régler sectoriellement les problèmes. Le juge a donc du mal à s'adapter en raison de sa limitation à des litiges particuliers, le juge ne pouvant examiner des éléments de fait qui ne lui sont pas soumis. Il n'a pas assez de latitude dans les mesures d'instruction. Enfin, sa formation purement juridique est un obstacle.

Le droit de la concurrence est une matière économique dans un cadre juridique. Il ne relève donc pas que des juristes et un tiers des personnes qui travaillent à la DG4 sont des économistes. Ils savent aussi bien rédiger les décisions. Alors, l'analyse des comportements est fort bien faite.

9°. Quelles sont les branches du droit qui vous semblent surtout concernées par le droit de la concurrence?

10°. Plus particulièrement, que pensez-vous des rapports que le droit public et le droit privé entretiennent en matière de concurrence?

La matière est de droit public, car les normes s'imposent à tous, au besoin par le droit pénal. C'est de l'ordre public économique, qui s'impose à tous. C'est aussi parce que la matière est appliquée par des organes de type administratif que la matière est de droit public. Mais à partir du moment où l'on s'occupe du droit des obligations, etc, on est dans le droit privé. Ainsi, la norme du droit de la concurrence s'applique à des domaines régis par d'autres droits. Les rapports risquent alors d'être conflictuels, d'autant plus que le droit des obligations est basé sur la liberté contractuelle, qui est contredite par le droit de la concurrence. Le droit de la concurrence empêche le plein effet du droit des obligations dans certains domaines, mais cela ne défigure pas le droit des obligations, dans le principe de capacité contractuelle. En outre, l'application du droit de la concurrence peut être anéantie par des règles générales d'ordre public, de droit public (sécurité et santé publiques, notamment) et l'on peut citer l'exemple du conflit avec le droit de la propriété industrielle. On cherche encore à préciser quels sont les points de collision et la hiérarchie.

11. A cet égard, que pensez-vous du transfert de compétence que la loi de 1987 a opéré, concernant l'examen des recours formés contre les décisions du Conseil de la concurrence, du Conseil d'Etat à la Cour d'appel de Paris?

12. A cet égard, pensez-vous que le Conseil de la concurrence est un organe administratif, un organe juridictionnel ou un organe justifiant une qualification nouvelle?

13. A cet égard, pensez-vous que la Cour d'appel de Paris, lorsqu'elle statue sur les recours formés contre les décisions rendues par le Conseil de la concurrence, statue comme une juridiction ordinaire de l'ordre judiciaire, ou pensez-vous qu'elle constitue alors une juridiction spécifique?

C'est un dilemme dont on n'est pas sorti. Il faut voir quel est le pouvoir de révision de la Cour d'appel de Paris. Cela devrait n'être qu'un contrôle de légalité. On peut penser qu'il ne faut pas un contrôle judiciaire sur un organe administratif, chargé d'appliquer l'ordre public administratif. Normalement, les matières de droit administratif relèvent du Conseil d'Etat et non pas des juridictions judiciaires. Il faut aussi tenir compte des pressions des conseils juridiques et des bureaux d'avocats sur les juges. Ainsi, le contrôle exercé sur la commission par la CJCE reste un contrôle de légalité, mais les avocats ont entraîné beaucoup de contentieux, de plaidoiries, etc. (influence du *due process*, sous l'influence des anglo-saxons). C'est certes positif, mais c'est aussi un gage donné à cette partie des acteurs concernés par le droit de la concurrence.

L'expérience de la CJCE est satisfaisante mais elle est sensiblement différente d'une cour d'appel traditionnelle. Elle est différente dans sa composition, 17 juges écoutant en séance plénière. Elle est aussi l'osmose des concepts juridiques des différents pays. Il y a un mélange de privatistes et de publicistes. Il y a le souci de l'étude économique des appels qui prédomine, surtout dans les dernières années. C'est donc difficilement comparable avec l'attribution à une Cour d'appel existante du contrôle sur le Conseil de concurrence. Il aurait fallu peut-être créer une juridiction *ad hoc*.

Est-on prêt à créer une véritable magistrature économique, constituant un ordre? Il semble que oui, parce que ce contentieux est trop spécifique pour l'ensemble des juges de droit commun. Cela serait possible et souhaitable.

Ainsi, la loi belge nouvelle organise un Conseil de la concurrence, qui a aussi pouvoir en matière de concentration, contrôlé par la Cour d'appel de Bruxelles. Les rédacteurs fréquentent le comité consultatif des autorités des états membres, qui se réunit tous les mois pendant plusieurs jours, et c'est sans doute à cette occasion que l'information a été faite pour justifier cette adoption. Il faut aussi tenir compte des réunions de l'OCDE, qui produit des rapports nationaux annuels sur l'état du droit de la concurrence. Il y a une collaboration très dense entre les différentes autorités, ce que les entreprises ignorent souvent.

14. Que pensez-vous des rapports que le droit interne et le droit communautaire entretiennent en matière de concurrence?

Il n'y a pas de rapports hiérarchiques, car la compétence de l'un est exclusive de la compétence de l'autre. Il y a donc compétences conjointes. Il y a matière au droit national largement, dès l'instant qu'il n'y a pas influence sur le commerce entre Etats membres. La Commission n'a en effet pas la même compréhension que la CJCE sur les phénomènes ayant une influence sur le commerce des Etats membres. La Commission entend au contraire renvoyer vers les Etats membres les comportements ayant une influence principale sur le marché de l'Etat (cf affaire de la Sacem, actuellement devant

le TPI).

15. Que pensez-vous des rapports que le droit pénal et le droit non-pénal entretiennent en matière de concurrence?

Le droit de la concurrence a un effet civil, sur les clauses, et un effet de sanction administrative, lorsqu'on ne peut plus revenir en arrière (cf abus de position dominante). Puisque des dommages et intérêts sont impossibles, il faut prononcer des sanctions. Si l'on imaginait le pouvoir de prononcer des dommages et intérêts, il faudrait que l'on démontre une faute, ce qui est lié à une culpabilité, laquelle n'entre pas en ligne de compte dans le droit de la concurrence. C'est au juge de prononcer des dommages et intérêts.

Parce qu'il s'agit de droit économique, on peut penser que le droit pénal doit disparaître. L'entreprise ne doit, sans doute, pas être l'objet d'un droit pénal. L'efficacité même du droit pénal laisse perplexe.

17. Quelle formation souhaiteriez-vous pour les personnes appelées à pratiquer ce droit?

18°. Estimez-vous que la formation que vous avez vous-même reçue vous a suffisamment et complètement préparé?

19°. Une formation initiale vous paraît-elle suffisante ou une formation permanente vous paraît-elle nécessaire?

20°. Des contacts avec des personnes de formations différentes vous paraissent-ils inutiles, utiles ou nécessaires?

Une expérience dans l'entreprise est sans doute la meilleure des formations pour appliquer le droit de la concurrence. Il ne faut pas une super-spécialisation, dès l'instant que le travail est collectif au sein de l'organe compétent. Il faut avoir une capacité d'évaluer les aspects économiques d'un dossier et d'en faire la synthèse sur le plan pratique et concret. Certes, on peut faire du droit de la concurrence comme on fait du travail pointilliste, clause par clause, mais il vaut mieux une vision d'ensemble. Il faut une aptitude juridique, mais qui peut s'acquérir ailleurs que dans les facultés de droit.

Pour faire du droit de la concurrence communautaire, il faut aussi s'intéresser aux différents droits nationaux des Etats. Là, il peut y avoir des lacunes concrètement et "c'est sur le tas" qu'on apprend. Mais le résultat final, quelle que soit la norme de droit qu'on utilise, se rapproche très fort, qu'on parte du droit romain ou de la *common law*.

Le juge ordinaire sera lui dépassé, en raison de ses lacunes en théories macro-économiques. Il peut certes recourir à des experts, et avoir des avocats spécialisés lui présentant des arguments appropriés, pour qu'il se forme une opinion. Mais il faudrait au surplus que le juge ordinaire s'intéresse à cette matière.

21°. Eprouvez-vous des difficultés de relation avec les autres pôles de régulation de la concurrence?

22°. Avez-vous éprouvé des difficultés de coordination entre ces pôles?

23°. Trouvez-vous que les relations entre les pôles sont simples, complexes, trop complexes?

24°. Avez-vous déjà été confronté à des situations de conflits entre les pôles de régulation?

25°. Avez-vous déjà été confronté à des situations de blocages entre les pôles de régulation?

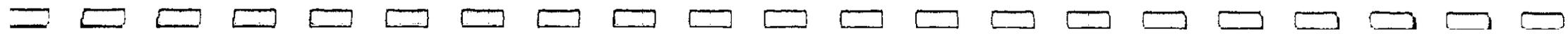
Ici, à la Commission, nous sommes privilégiés en ce qui concerne les informations, par rapport à celles qui circulent dans certains pays. Nous avons accès à des informations statistiques centralisées ici. Nous avons l'information économique à notre disposition, sous forme d'une documentation exhaustive. Nous avons l'accès à des bases de données et avons notre propre système d'informations.

Nous pouvons obtenir directement toutes informations que nous désirons de la part des entreprises concernées, et l'on peut aller même les chercher.

En ce qui concerne les contacts extérieurs, nous sommes en contact journalier avec la CJCE (12 affaires pour la DG4 en cours d'examen devant la CJCE), laquelle consulte systématiquement la Commission pour les questions préjudicielles. Il y a des contacts fréquents avec les Commissions parlementaires, la Commission collaborant pour expliquer certains problèmes ou intervenir dans des débats. Nous avons aussi beaucoup de questions posées directement par les parlementaires. Il y a moins de rapports avec le secrétariat du Conseil des Ministres, car il faut que le processus législatif soit en jeu.

Avec les différents droits nationaux, il y a le comité consultatif en matière d'ententes qui traite environ 5 affaires par mois. La coopération constante est organisée avec les autorités nationales concernées pour les dossiers qui les concernent (toute notification ou plainte est envoyée en copie aux autorités nationales/ DCCCFR). On demande une remontée des informations sur les affaires.

Il y a aussi des échanges de personnel, des fonctionnaires nationaux venant en stage, des fonctionnaires nationaux détachés pendant 2 ou 3 ans. Mais il n'y a pas de magistrat en détachement; cela pourrait être une bonne idée. Mais c'est très difficile de sensibiliser les magistrats au droit de la concurrence. Pour faire de la formation à l'ENM, cela coûte très cher à la Communauté, et il faut que les formations internes prennent le relais. C'est surtout avec les administrations que les échanges se font.



83^{bis}, rue Notre-Dame-des-Champs
75006 Paris
tél. 44.41.59.31 ; 44.41.59.32 ; 40.46.81.64
fax 40.51 01.14

RECHERCHE
LES POUVOIRS NORMATIFS EN JEU DANS LE DROIT DE LA CONCURRENCE
Entretien

Monsieur MAURICE GUERRIN
D.G. 4, COMMISSION DES COMMUNAUTÉES EUROPÉENNES, Bruxelles

Entretien mené le 8 mars 1993, en présence de Madame le Professeur Marie-Anne FRISON-ROCHE et de Monsieur le Professeur Louis VOGEL.

- 1°. Quels sont, selon vous, les avantages du droit de la concurrence?
- 2°. Quels sont, selon vous, les inconvénients du droit de la concurrence?
- 3°. Quels phénomènes, selon vous, sont à l'origine de ces avantages et de ces inconvénients?

Dans une économie ouverte, la Communauté repose sur le principe de la réalisation d'un marché unique, par ouverture des frontières. La concurrence est considérée, depuis le début, comme le système qui permet la meilleure allocation des ressources et la meilleure satisfaction des consommateurs.

L'objectif du droit de la concurrence, c'est la bonne santé des entreprises et la mise sur le marché des meilleurs produits possibles pour les consommateurs, au meilleur prix possible.

C'est le fondement choisi pour le droit de la concurrence communautaire.

Mais l'on peut se demander si la communauté avait besoin d'un droit de la concurrence, alors que certains pays disposaient déjà des objectifs et des réglementations du droit de la concurrence. Il y avait alors un embryon français du droit de la concurrence, tandis que le droit allemand était déjà très établi ; dans les autres droits internes, on naviguait entre les deux principes de régulation de l'économie, soit par intervention publique, soit par le marché. Entre ces deux principes, dans un premier temps, la France, l'Italie et le Bénélux ont privilégié les interventions publiques (cf l'Ordonnance de 1945 en France).

En France, on a ainsi vécu en alternance en régime de blocage et en régime de liberté plus ou moins surveillée. Ce système était adapté à un moment de reconstruction de l'appareil économique et d'inflation monétaire très forte. L'Etat voulait sauvegarder sa capacité d'intervention directe sur les prix, pour tenter de les contrôler, ainsi que d'autres mesures d'encadrement (mesures d'encadrement du crédit, mesures fiscales). D'un autre côté, existe la possibilité de régulation par le marché.

Manifestement, le traité a choisi cette deuxième option. Il est clair que, au-delà de la neutralité du traité vis-à-vis de la

détention du capital des entreprises, l'intervention de l'Etat est analysé négativement. C'est ainsi que sont sanctionnées les politiques des aides. On peut même se demander si le traité considère comme légitimes les entreprises publiques. Il faut considérer tout de même que le droit de la concurrence n'est pas la volonté du laissez-faire à tout prix : la concurrence a besoin d'une réglementation, comme la liberté de circuler en automobile suppose les gendarmes pour les excès de vitesse.

Prenant l'exemple de l'affaire du ciment, qui occupe actuellement la Commission dans la perspective d'une interdiction d'une éventuelle entente, on veut certes laisser jouer le marché. Mais la tendance naturelle des acteurs et du marché est à l'organisation privée de la concurrence, surtout pour les produits courants, et il faut des règles assez précises pour que la concurrence se développe correctement. Le péché mortel que la communauté veut arrêter, c'est le recloisement du marché. C'est le fondement même de la communauté qui est alors en cause.

4°. Quelle serait, selon vous, l'évolution souhaitable du droit de la concurrence?

5°. Quelle serait, selon vous, l'évolution possible du droit de la concurrence?

Dans un grand marché de 350 millions de personnes, les contrôles deviennent, et vont devenir, de plus en plus difficiles et pourtant de plus en plus nécessaires. Il faut en effet essayer de rechercher des infractions sur 12 états membres et dans le prochain espace économique. Le facteur quantitatif joue (cf difficulté du GATT), mais aussi du fait que les autorités publiques se retirent de l'économie (cf absence de réglementation des prix) ; il est ainsi évident que le terrain est beaucoup plus propice aux accords privés. Alors que les tentations pour les acteurs privés sont de plus en plus grandes, le contrôle et la régulation du marché deviennent donc de plus en plus difficiles. Les entreprises sont devenues plus intelligentes que par le passé ; ainsi, elles apprennent à dissimuler les preuves d'infraction de façon de plus en plus efficace, en utilisant notamment l'informatique et la technique des codes d'accès. Or, dans le même temps, le Tribunal de première instance des communautés européennes entend intervenir en tout premier lieu comme le juge du fait : il ne fait plus aussi confiance à la Commission sur les faits, alors que la CJCE laissait davantage à la Commission l'examen des faits, se réservant principalement le droit. C'est donc une double difficulté probatoire à laquelle doit aujourd'hui faire face la Commission.

6°. La concurrence relève-t-elle, selon vous, de la matière juridique, de la matière économique, ou des deux?

7°. Si vous estimez qu'elle relève des deux matières, sont-elles, selon vous, d'égale importance?

8°. Selon vous, l'une prévaut-elle sur l'autre, ou devrait prévaloir sur l'autre?

9°. Quelles sont les branches du droit qui vous semblent surtout concernées par le droit de la concurrence?

10°. Plus particulièrement, que pensez-vous des rapports que le droit public et le droit privé entretiennent en matière de concurrence?

Le droit de la concurrence est un droit nouveau et en tant que tel il ne se rattache pas à un corps de règles connu. Il est transversal, il relève du droit administratif car le droit de la concurrence est un acte d'Etat dans les comportements privés, mais aussi du droit commercial (factures, barèmes, transparence). C'est aussi du droit pénal car les sanctions sont proches des sanctions de droit pénal. Il y a aussi des liens avec le droit constitutionnel (principe de la liberté du commerce et de

l'industrie).

Le droit de la concurrence ne crée certes des règles *ex nihilo* et puise ses solutions dans l'ordonnance de 1986 et dans le Traité de Rome. Certes, il concrétise l'intervention de l'Etat mais a pour finalité une organisation privée de l'économie. Ainsi, une privatisation complète ne résoudrait pas tous les problèmes.

11. A cet égard, que pensez-vous du transfert de compétence que la loi de 1987 a opéré, concernant l'examen des recours formés contre les décisions du Conseil de la concurrence, du Conseil d'Etat à la Cour d'appel de Paris?

12. A cet égard, pensez-vous que le Conseil de la concurrence est un organe administratif, un organe juridictionnel ou un organe justifiant une qualification nouvelle?

13. A cet égard, pensez-vous que la Cour d'appel de Paris, lorsqu'elle statue sur les recours formés contre les décisions rendues par le Conseil de la concurrence, statue comme une juridiction ordinaire de l'ordre judiciaire, ou pensez-vous qu'elle constitue alors une juridiction spécifique?

14. Que pensez-vous des rapports que le droit interne et le droit communautaire entretiennent en matière de concurrence?

15. Que pensez-vous des rapports que le droit pénal et le droit non-pénal entretiennent en matière de concurrence?

Le conseil de la concurrence est quasi-juridictionnel. Il est un organe administratif, ne serait-ce que comme donneur d'avis. Mais il fonctionne comme une juridiction. Il est utile que ce soit un organe spécialisé, au terme d'une évolution lente, antérieure à 1986.

Il faut relever la différence de traitement entre entente et abus de position dominante, qui associe le ministre à la procédure du conseil, et concentration, phénomène politique, lequel intéresse le politique au premier chef et la politique industrielle, ce qui explique que le ministère soit le décideur et ne reçoive qu'un avis. Sur le plan communautaire, la commission a un pouvoir décisionnaire sur les concentrations. Ainsi, s'explique la bataille des seuils. La Commission demande la révision des seuils à la baisse, les Etats membres sont décidés à dire non car ils perdraient alors un pouvoir politique. Un certain traitement des ententes et des positions dominantes relève du droit et le contrôle de la concentration, de la politique.

Quant au transfert des compétences, il était légitime de regrouper le contentieux. Le seul problème en cause était devant le Conseil de la Concurrence l'effectivité des droits de la défense. L'important, c'est l'unité du contentieux.

17. Quelle formation souhaiteriez-vous pour les personnes appelées à pratiquer ce droit?

18°. Estimez-vous que la formation que vous avez vous-même reçue vous a suffisamment et complètement préparé?

19°. Une formation initiale vous paraît-elle suffisante ou une formation permanente vous paraît-elle nécessaire?

20°. Des contacts avec des personnes de formations différentes vous paraissent-ils inutiles, utiles ou nécessaires?

La formation, elle est forte et doit se renforcer. Il faut que l'Université française fasse des cellules de formation en droit de la concurrence. Les avocats anglo-saxons sont en général bien formés. On n'intègre pas assez en France le droit de la concurrence dans le droit communautaire. C'est aux Facultés de droit de mieux former. On a besoin davantage de juristes que d'économistes. Cela vient sans doute du fait que les avocats sont très actifs, et ils ont accaparé le droit de la concurrence : le fond du débat est juridique. A la DG 4, sur 350 personnes, il y a une écrasante majorité de juristes.

Bien sûr, une formation interdisciplinaire serait bienvenue. On remarquera que c'est plus facile pour un juriste, les affaires étant surtout contentieuses, de se former à l'économie que l'inverse.

21°. Eprouvez-vous des difficultés de relation avec les autres pôles de régulation de la concurrence?

22°. Avez-vous éprouvé des difficultés de coordination entre ces pôles?

23°. Trouvez-vous que les relations entre les pôles sont simples, complexes, trop complexes?

24°. Avez-vous déjà été confronté à des situations de conflits entre les pôles de régulation?

25°. Avez-vous déjà été confronté à des situations de blocages entre les pôles de régulation?

On essaie de favoriser la coopération entre institutions : il y a les autorités et les juges. Sur les deux aspects, nous tentons d'élargir la coopération. En ce qui concerne les autorités, au jour le jour, avec des réunions et l'association des Etats aux procédures. Plus, il y a une incitation des Etats à faire application directe des articles 85 et 86 (la loi du 12 décembre 1992 montre que l'Etat français entend faire application directe). Il faut l'encourager en raison de l'élargissement de la Communauté qui rend plus difficile l'action de la commission.

Pour les juges, on essaie de collaborer également. Mais le juge a un peu peur d'intervenir sur l'article 85, 86, d'entrer dans une matière où le droit dérivé est énorme et la jurisprudence également abondante. Le risque serait qu'en les incitant à intervenir, les juges renvoient tout à la CJCE sous forme de questions préjudicielles (à noter cependant une collaboration informelle avec la Commission : 2 questions depuis l'été 1992). C'est le rôle de la commission "amicus curiae". Cela prendra certes du temps mais c'est indispensable en ce qui concerne les plaintes. Certaines des plaintes, pourtant fondées, ne sont pas d'intérêt communautaire : la Commission ne veut pas alors y répondre. C'est le juge national qui doit prendre le relais.

83 bis, rue Notre-Dame-des-Champs
75006 Paris
tél. 44.41.59.31; 44.41.59.32; 40.46.81.64
fax 40.51.01.14

RECHERCHE
LES POUVOIRS NORMATIFS EN JEU DANS LE DROIT DE LA
CONCURRENCE
ENTRETIEN

Monsieur Frédéric JENNY
Vice-Président du Conseil de la Concurrence

Entretien mené le 1er octobre 1992,
en présence de Madame le Professeur Marie-Anne FRISON-ROCHE
et de Monsieur Laurent SCHWARTZ.

Qu'est ce que la concurrence ? Pourquoi un droit de
la concurrence ? le droit de a concurrence est-il
spécifique ?

Le droit de la concurrence trouve son origine dans l'analyse économique. Il permet de concilier l'intérêt individuel et l'intérêt collectif au sein d'une économie de marché. Le Conseil de la concurrence a pour mission de faire respecter les règles, déduites de l'analyse économique, qui permettent d'assurer cette cohérence et de sanctionner les manquements à celles-ci.

Dans certains cas, pour établir si des comportements sont ou non anticoncurrentiels, il est nécessaire de passer par une analyse hypothético-déductive, familière aux économistes. Par exemple, l'observation d'un parallélisme de comportement entre des entreprises appartenant à un même secteur peut résulter du simple fait que chacune est soumise aux mêmes contraintes que les autres et qu'elle arrive donc à la même conclusion en ce qui concerne la stratégie à mettre en oeuvre sans pour autant qu'il y ait concertation explicite ou tacite entre les concurrents. Mais un tel parallélisme peut aussi résulter d'une volonté commune (par exemple tacite) des entreprises de ne pas se concurrencer. Pour trancher entre ces hypothèses il est alors nécessaire de se demander si chacune des entreprises aurait pu avoir un intérêt économique à agir différemment de la façon dont elle a agi et si elle a renoncé à cet intérêt pour éviter le développement de la concurrence.

De la même façon la notion de marché pertinent est une notion économique et la délimitation des contours d'un marché requiert l'utilisation d'une méthodologie économique. Si l'on observe que des biens de même nature sont commercialisés à des prix très différents, c'est donc que pour les consommateurs ils ne sont pas équivalents.

① Version lacon résumée !

L'analyse économique enseigne que s'ils étaient équivalents, les consommateurs qui sont globalement rationnels, reporteraient leurs achats sur le moins cher des deux. L'observation d'une différence de prix en longue période veut donc dire que les offreurs de ces deux biens ne sont pas sur le même marché (ou ce qui revient au même) que les producteurs du premier peuvent adopter des stratégies de prix indépendantes de celles adoptées par les producteurs du deuxième bien.

La mise en oeuvre du droit de la concurrence mêle donc intimement l'utilisation d'une approche économique et le raisonnement juridique. En cela ce droit est spécifique. Mais contrairement à une idée parfois évoquée ceci ne veut pas dire qu'il y a une insécurité juridique dans la mise en oeuvre du droit de la concurrence. La méthodologie d'analyse économique est une méthode générale et uniforme de raisonnement. Ceci explique d'ailleurs que les jurisprudences sont très similaires dans les différents pays qui ont des textes similaires ou que, comme en témoignent les rapports annuels du Conseil de la concurrence, les mêmes solutions prévalent d'une affaire à l'autre. De ce point de vue il y a une grande prévisibilité du droit de la concurrence.

Le droit de la concurrence est-il à ce point spécifique qu'il nécessite un organe de contrôle particulier (comme le CSA ou la COB dans leurs domaines respectifs) ?

Il est difficile de comparer les organismes que vous venez de citer avec le Conseil de la concurrence. Le CSA est, par exemple, pour une partie importante de son activité, un organisme de régulation imposant certains comportements spécifiques aux entreprises du secteur audiovisuels. Le Conseil de la concurrence intervient ex post pour sanctionner le cas échéant des comportements prohibés par l'ordonnance de 1986.

La spécificité du Conseil tient en grande partie à sa composition. Le Conseil est composé de juristes et également d'acteurs économiques et d'économistes. Cette composition facilite l'intégration des raisonnements juridiques et économiques. De ce point de vue la spécificité du Conseil est utile pour la mise en oeuvre d'un droit dont la finalité est d'obtenir un fonctionnement efficace de l'économie de marché.

Par ailleurs la spécificité du Conseil tient à sa compétence nationale qui me semble utile pour le développement harmonieux de la mise en oeuvre d'un droit nouveau.

D'un point de vue organique , y a-t-il une hiérarchie au sein des différentes institutions chargées de la concurrence ?

Le Conseil de la concurrence prend des décisions qui peuvent faire l'objet de recours devant la Cour d'appel de Paris. Les arrêts de la Cour peuvent donner lieu à pourvoi en Cassation. la DGCCRF est par ailleurs une partie de l'exécutif (qui n'a pas le monopole des saisines devant le Conseil).

Pour l'essentiel, il y a une grande unité de vues entre ces différentes institutions (qui ont chacune un rôle spécifique) sur les modalités de mise en oeuvre de l'ordonnance.

Le juge doit-il être compétent en matière d'économie pour être juge de la concurrence ?

Comme nous l'avons vu la finalité du droit de la concurrence est économique. Ceci veut dire que les termes de marché, de concurrence, de progrès doivent être interprétés à la lumière de l'analyse économique pour que la mise en oeuvre de l'ordonnance de 1986 soit pertinente. Il est donc utile, et même nécessaire, d'avoir une formation économique pour appliquer l'ordonnance.

Dans ces conditions ou est le juridique ? Est-ce seulement l'enveloppe ?

Pour préserver le fonctionnement efficace de l'économie de marché, le droit de la concurrence prohibe et sanctionne certains comportements individuels ou collectifs. Ainsi il restreint, dans certains domaines, la liberté individuelle des offreurs de biens et services au nom de l'ordre public économique. Il y a donc un aspect quasi-pénal dans le droit de la concurrence. Il est normal qu'en France, comme dans les autres pays, la mise en oeuvre de ce droit s'accompagne de garanties juridiques.

Le fait qu'il s'agisse d'un "droit" de la concurrence n'est pas purement formel. Ainsi, par exemple, certaines situations dans lesquelles, du point de vue économique, la concurrence ne fonctionne pas, comme par exemple la situation d'oligopole, ne sont pas prohibées par le droit de la concurrence parce qu'aucun acteur ne met en oeuvre un comportement fautif (l'absence de concurrence ne résultant pas dans ces cas de la volonté explicite ou tacite des acteurs mais d'une situation structurelle dont aucun n'est personnellement responsable).

C'est donc le Conseil d'Etat qui devrait contrôler le Conseil de la concurrence ?

Le Conseil de la concurrence n'a pas de position sur l'organe qui devrait contrôler ses décisions. Le système actuel fonctionne bien et je dirais est bien accepté par les entreprises ce qui est important s'agissant d'un droit relativement nouveau en France. En 1986 il y avait une certaine réticence, qui émanait des avocats et des entreprises, à ce que le Conseil d'Etat contrôle les décisions du Conseil de la concurrence.

Doit-on faire une distinction entre le droit interne et le droit communautaire ?

Les textes européens sont, en matière de pratiques anticoncurrentielles, très voisins des textes nationaux et les jurisprudences très proches l'une de l'autre. Le droit français prévoit cependant que les abus de position dominantes anticoncurrentiels puissent ne pas être prohibés lorsqu'ils contribuent, dans certaines circonstances, au progrès économique alors que le droit européen les prohibe dans tous les cas. Par ailleurs le caractère contradictoire de la procédure est plus développé en France.

① est volontaire (V. Vogel) RC communautaire

Existe-t-il des contacts entre les différents organes de concurrence ?

Naturellement. Tant sur un mode bilatéral avec des autorités nationales de concurrence (CEE, RFA, Japan Fair Trade Commission) qu'au plan multilatéral (Comité du droit et de la politique de concurrence de l'OCDE, CNUCED etc...). La convergence des droits et politiques de concurrence est l'un des éléments importants depuis une dizaine d'années.

Le Conseil est-il une juridiction ?

Au plan interne la Conseil constitutionnel a déjà répondu (par la négative) à cette question. Au plan international, il semble que la CJCE considérerait le Conseil de la concurrence comme une juridiction (qui pourrait par conséquent lui poser une question préjudicielle).

Pour finir, quels avantages et inconvénients voyez vous dans le droit de la concurrence actuel et quelle évolution vous semble souhaitable ?

Le droit de la concurrence est le garant de la cohérence entre la liberté économique individuelle et l'ordre public économique. Il est donc nécessaire dans notre type de société. Un tel droit doit être interprété strictement à la lumière de l'analyse économique pour que ne soient pas interdits des comportements (même s'ils sont collectifs) qui n'entravent pas la concurrence (dans son acception économique) et donc pour assurer le champ le plus vaste possible à l'initiative individuelle. A l'heure actuelle, et d'ailleurs à la lumière des commentaires qui sont faits à l'étranger sur notre droit, il me semble que dans le domaine du contrôle des comportements nous disposons d'un droit moderne, pertinent et efficace.

La situation est moins satisfaisante dans le domaine des concentrations. Le contrôle des structures de marché est un corollaire nécessaire au contrôle des comportements car structures et comportements sont souvent liés. Mais le contrôle des structures a, jusqu'à présent, été limité et surtout il relève in fine d'une décision ministérielle c'est-à-dire d'une décision politique. Il pourrait être utilement confié à un organisme indépendant, par exemple au Conseil de la concurrence.

83^{bis} rue Notre-Dame-des-Champs
75006 Paris
tél. 44.41.59.31 ; 44.41.59.32 ; 40.46.81.64
fax 40.51.01.14

RECHERCHE
LES POUVOIRS NORMATIFS EN JEU DANS LE DROIT DE LA CONCURRENCE
Entretien

Monsieur le Conseiller LÉONNET

Entretien mené le 5 avril 1993, en présence de Madame le Professeur Marie-Anne FRISON-ROCHE et de Madame Marie NAUDET-SÉNÉCHAL.

1°. Quels sont, selon vous, les avantages du droit de la concurrence?

L'avantage que j'y vois, c'est d'instaurer une règle du jeu entre les différentes entreprises. Cette règle doit se concevoir dans un concept libéral mais ce concept libéral ne doit pas conduire non plus à une forme de dirigisme déguisé. Je m'explique : il ne faut pas qu'à travers les règles créées et les organismes de supervision, on aboutisse à recréer une forme de contrôle de l'action de toutes les entreprises.

2°. Quels sont, selon vous, les inconvénients du droit de la concurrence?

Il ne faut pas non plus faire de ce droit un droit absolu qui finisse par recouvrir toutes les autres données juridiques. En effet, si le droit de la concurrence est né de l'économie de marché, et se rattache à un concept économique, on ne peut le rendre crédible qu'en le faisant rentrer dans des concepts juridiques relativement stricts. Sinon, nous n'aurons qu'une forme de droit d'opportunité, sans aucune rigueur et qui risque de changer selon les événements.

4°. Quelle serait, selon vous, l'évolution souhaitable du droit de la concurrence?

5°. Quelle serait, selon vous, l'évolution possible du droit de la concurrence?

L'évolution souhaitable serait de judiciariser totalement le conseil de la Concurrence. Nous vivons actuellement dans un système très inconfortable : à savoir, une autorité administrative qui obéit à une logique administrative mais dont les recours sont conduits devant la Cour d'appel de Paris et la Cour de Cassation. De là, l'intrusion de la procédure civile au niveau des procédures. Il est bien certain que la création d'une juridiction éviterait une ambiguïté. La composition du Conseil est déjà satisfaisante : elle est équilibrée et excellente, enrichissant le dialogue interne. Ayant un pouvoir disciplinaire, mais non réglementaire, le Conseil de la concurrence n'a pas les défauts que l'on peut reprocher à la COB. Dans l'ensemble, le Conseil de

la concurrence a bien réussi : ses décisions sont équilibrées et en 5 ans, le droit de la concurrence a fait plus de progrès qu'en 20 ans de dirigisme. Il faudrait simplement une évolution procédurale, et une toilette de l'ordonnance sur certains points, si nous allons vers la juridictionnalisation. Il serait aussi logique que le contrôle des concentrations soit le fait de cet organe ; son caractère juridictionnel pourrait alors être d'ailleurs une gêne.

Ce qu'il faudrait, c'est que le Conseil de la Concurrence ne soit saisi que des problèmes majeurs et non pas des procès qui ne devraient relever que des Tribunaux de commerce, mais qui sont poussés par la Direction de la concurrence. Ainsi, l'administration vient aider le particulier à faire sa preuve, ce qui n'est pas tout à fait normal. Cela n'est pas conforme au principe de l'égalité des particuliers devant la procédure. Voilà le risque pour les petites affaires et le Conseil de la Concurrence commence à renvoyer aux tribunaux. Ainsi, le Ministère des Finances qui devrait très peu intervenir, intervient de plus en plus dans les procédures ordinaires, ainsi débutées, ce qui peut paraître contradictoire.

6°. La concurrence relève-t-elle, selon vous, de la matière juridique, de la matière économique, ou des deux?

Le droit de la concurrence relève des deux matières, sous réserve que le flux économique soit contenu dans un cadre juridique, car sinon il n'y a pas de règle possible.

7°. Si vous estimez qu'elle relève des deux matières, sont-elles, selon vous, d'égale importance?

8°. Selon vous, l'une prévaut-elle sur l'autre, ou devrait prévaloir sur l'autre?

La matière économique est quadt même la plus importante. Car le droit n'est fait que pour régenter des comportements, mais à la base, c'est toujours le comportement qui est le premier. Par exemple, dans le droit romain, le droit d'origine était un droit de la famille et c'était le droit économique de l'époque, une réglementation étant venue fixer les pouvoirs du chef de famille. En matière économique, la base est économique, mais la réglementation est juridique. Là où on se rend compte des difficultés, c'est lorsque l'analyse économique échappe totalement au droit : ce non-dit rend très difficile l'approche du juriste. Ainsi, le marché pertinent pose problème. Il se définit assez facilement sur le plan économique, mais juridiquement nous ne sommes pas arrivés à une définition. Nous attendons beaucoup de la doctrine pour cela. Le risque que nous avons avec la notion de marché, c'est d'avoir des marchés beaucoup trop vastes (marché des travaux publics, des fournitures électriques, etc.), ou bien de tomber sur des définitions du marché au coup par coup. La conséquence, c'est une liberté d'action totale de la direction générale de la concurrence pour poursuivre tel ou tel comportement, selon la définition qu'elle veut bien donner du marché, s'il n'y a pas de règles. La définition du marché est le problème majeur et l'enjeu actuel du droit de la concurrence. Ainsi, lorsqu'une entente est très structurée, elle permet précisément de déceler le marché, par une sorte de raisonnement à l'envers. Mais quand on a une entente assez floue, il devient très difficile de définir le marché.

9°. Quelles sont les branches du droit qui vous semblent surtout concernées par le droit de la concurrence?

La première branche concernée est le droit des contrats et des obligations, par conséquent le droit civil. En second lieu, le droit commercial, mais le droit commercial n'est lui-même que le fils du droit civil. En troisième lieu, le droit pénal, car nombre de concepts pénaux doivent être appliqués en matière de concurrence : cf la publicité mensongère, le droit des marques et d'une façon générale, toutes les infractions qui sont également relevées en matière pénale, à l'occasion de comportements anti-concurrentiels ou anti-économiques.

10°. Plus particulièrement, que pensez-vous des rapports que le droit public et le droit privé entretiennent en matière de concurrence?

Le seul problème, concernant le droit public, qui a pu se poser est celui de la légalité de l'ordonnance au regard du droit constitutionnel. La Cour de cassation y a répondu dans son arrêt des Travaux publics. Le second problème est celui des frontières entre le droit public et le droit privé, du type de la jurisprudence Ville de Pamiers. Mais, à la vérité, ce n'est pas une difficulté sérieuse car l'article 53 de l'ordonnance permet d'y répondre facilement. Même si certains essaient d'y opposer l'article 10-2 de l'ordonnance, concernant les activités économiques réglementées.

11. A cet égard, que pensez-vous du transfert de compétence que la loi de 1987 a opéré, concernant l'examen des recours formés contre les décisions du Conseil de la concurrence, du Conseil d'Etat à la Cour d'appel de Paris?

Je ne pense que du bien de ce transfert fait à la Cour d'appel de Paris.

13. A cet égard, pensez-vous que la Cour d'appel de Paris, lorsqu'elle statue sur les recours formés contre les décisions rendues par le Conseil de la concurrence, statue comme une juridiction ordinaire de l'ordre judiciaire, ou pensez-vous qu'elle constitue alors une juridiction spécifique?

La Cour d'appel de Paris statue comme une juridiction ordinaire de l'ordre judiciaire et le premier président Draï avait tenu, dès le départ, à rappeler que ce sont les règles de procédure civile qui sont applicables.

14. Que pensez-vous des rapports que le droit interne et le droit communautaire entretiennent en matière de concurrence?

Ce sont des rapports essentiels : le droit communautaire restant toujours le premier. Les risques de discordance sont infimes. Il n'est qu'une question en suspens : c'est celle du seuil de sensibilité.

15. Que pensez-vous des rapports que le droit pénal et le droit non-pénal entretiennent en matière de concurrence?

La Chambre commerciale n'a jamais hésité à viser des textes pénaux toutes les fois où ces visas lui paraissaient essentiels pour une solution juridique. Ainsi, l'a-t-elle fait en matière de contrefaçons, en visant l'article 422 du Code pénal. Ainsi l'a-t-elle encore fait avec l'article 44 de la loi de 1973 pour la publicité mensongère.

16. Que pensez-vous des rapports que le droit commun et le droit spécial de la concurrence entretiennent en la matière?

Le droit des contrats est toujours préexistant. J'en veux pour exemple la jurisprudence concernant les contrats de distribution

sélective et les contrats de franchise. Certes, l'ordonnance du premier décembre 1986 amène souvent à tempérer la rigueur contractuelle, mais dans les cas où les comportements ne sont pas critiquables, le droit des contrats reprend sa plénitude. A l'égard du droit de la consommation, le droit de la concurrence s'oppose : le droit de la consommation vise à protéger une personne individuelle, alors que le droit de la concurrence tend à protéger aussi bien les entreprises que des consommateurs pris dans le concept le plus général au regard des effets d'un comportement abusif. A l'égard du droit du travail, il y a un droit de la concurrence dont on n'a pas encore parlé, c'est celui fondé sur l'article 1382 : il ne faut pas l'oublier car il représente le plus gros contentieux devant les juridictions, y compris la Cour de cassation, à travers la concurrence déloyale. Or, c'est dans ce domaine qu'il y a parfois une frontière très fragile entre le droit du travail et le droit des affaires (cf clause de non-concurrence signée par un salarié). Il est certain que les solutions jurisprudentielles n'ont pas toujours été les mêmes de la part de la Chambre sociale et de la part de la Chambre commerciale, encore que cette dernière rappelle de plus en plus le principe de la liberté du commerce qui oblige à interpréter très restrictivement ce type de clauses, se rapprochant ainsi de la Chambre sociale.

17. Quelle formation souhaiteriez-vous pour les personnes appelées à pratiquer ce droit?

18°. Estimez-vous que la formation que vous avez vous-même reçue vous a suffisamment et complètement préparé?

19°. Une formation initiale vous paraît-elle suffisante ou une formation permanente vous paraît-elle nécessaire?

20°. Des contacts avec des personnes de formations différentes vous paraissent-ils inutiles, utiles ou nécessaires?

Il faut d'abord avoir un intérêt certain pour toutes les questions économiques. Malheur au juriste de pure obédience qui ne voudrait traiter ce droit qu'à travers les lunettes du droit le plus traditionnel. Quant à la formation, il est certain qu'actuellement, elle s'acquiert un peu sur le tas mais ce serait une erreur de croire, par exemple, que les magistrats de la Chambre commerciale n'ont pas de formation économique. La plupart ont été formés dans le cadre des licences de l'ancien régime où l'économie politique était obligatoire. On "baigne" dans des notions économiques et le magistrat doit se plier à apprendre. J'ajouterai que la formation uniquement économique serait très dangereuse car elle ferait oublier le cadre juridique qui doit enserrer le droit de la concurrence.

21°. Eprouvez-vous des difficultés de relation avec les autres pôles de régulation de la concurrence?

22°. Avez-vous éprouvé des difficultés de coordination entre ces pôles?

23°. Trouvez-vous que les relations entre les pôles sont simples, complexes, trop complexes?

24°. Avez-vous déjà été confronté à des situations de conflits entre les pôles de régulation?

En ce qui me concerne, peut-être compte-tenu de ma formation et mes fonctions de directeur des affaires civiles, je me suis naturellement intéressé à ces questions, ce qui ne veut pas dire que je ne vois pas certains problèmes, comme celui du marché, dont la résolution me paraît ne pas encore être très satisfaisante.

83^{bis}, rue Notre-Dame-des-Champs
75006 Paris
tél. 44.41.59.31 ; 44.41.59.32 ; 40.46.81.64
fax 40.51.01.14

RECHERCHE
LES POUVOIRS NORMATIFS EN JEU DANS LE DROIT DE LA CONCURRENCE
Entretien

Madame Monique MANTHEY
DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES ET DES ACCORDS, RHÔNE-POULENC

Entretien mené le 26 mars 1993, en présence de Mademoiselle Murielle BROUILLET et de Madame Marie NAUDET-SÉNÉCHAL, collaboratrices de recherche.

Observation préalable de Madame Monique Manthey:

Dans le cadre de Rhône- Poulenc nous traitons essentiellement avec Bruxelles.

1°. Quels sont selon vous les avantages du droit de la concurrence?

2°. Quels sont selon vous, les inconvénients du droit de la concurrence?

3°. Quels phénomènes, selon vous, sont à l'origine des ces avantages et de ces inconvénients?

Pour un opérationnel le droit de la concurrence est subi comme une contrainte, ce n'est pas un inconvénient. En outre, il est possible de l'utiliser comme un moyen de défense contre un concurrent qui nous opposerait des clauses d'exclusivité par exemple.

Lorsqu'il négocie des accords ou qu'il initie des opérations de fusions, de concentrations ou de *joint-venture*, l'opérationnel doit prendre en compte les dispositions du droit de la concurrence qu'il soit américain, européen ou national.

Je ne considère pas que la réglementation en matière de droit de la concurrence soit trop tatillonne, il suffit de bien connaître les textes. Si nous voulons jouer le jeu de l'Europe, c'est un effort supplémentaire que les entreprises doivent consentir pour s'adapter au marché unique. Dans cette optique, les juristes doivent éduquer les opérationnels pour qu'ils comprennent toutes les nécessités de ce droit. S'agissant de la France, l'ordonnance de 86 a nettement amélioré les choses. Auparavant, la réglementation était critiquable, spécialement la matière du refus de vente qui relevait du droit pénal. Il pouvait ainsi arriver que des directeurs de filiale pour de petites affaires soient convoqués directement par les commissaires de police ce qui était vraiment très désagréable. L'amélioration est certaine.

4°. Quelle serait selon vous l'évolution souhaitable du droit de la concurrence?

5°. Quelle serait selon vous l'évolution possible du droit de la concurrence?

L'évolution du droit de la concurrence me semble assez bien tenir compte des impératifs de l'industrie. Il faut continuer dans cette

voie et ne pas s'en tenir seulement aux principes d'un droit pur et dur. En ce moment, il m'apparaît aussi bien de la part de Bruxelles que de la part de Paris, que l'évolution va dans le bon sens.

6° La concurrence relève t-elle, selon vous, de la matière juridique, de la matière économique, ou des deux?

7° Si vous estimez qu'elle relève des deux matières, sont elles selon vous d'égale importance?

8° Selon vous, l'une prévaut elle sur l'autre?

Le droit de la concurrence, c'est avant tout de l'économie. C'est aussi du droit bien sûr mais, sans aucun doute, la dimension économique prévaut. Par exemple, lorsque l'on envisage de faire une *joint-venture*, il convient d'apprécier et d'évaluer des paramètres tels que la structure du marché, la qualité des opérateurs économiques, le degré de concentration qui résultera de la nouvelle entité.... La démarche est en elle-même très mathématique, elle requiert de nombreux calculs, nous travaillons à partir de volumes, de chiffres d'affaires. Il serait ridicule de ne tenir compte que du seul aspect juridique.

9° Quelles sont les branches du droit qui vous semblent surtout concernées par le droit de la concurrence?

C'est, d'une part, la théorie des obligations, les contrats. Quand la Commission de Bruxelles a commencé à publier des règlements d'exemption par catégories avec des listes de clauses: les clauses blanches, les grises, les noires, les industriels ont été extrêmement choqués. Ils considéraient cette intervention comme une atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, et à celui de la liberté contractuelle. Il peut donc y avoir une incidence indirecte sur le droit des obligations.

C'est, d'autre part, le droit des sociétés. On constate, notamment en droit français, que le droit des sociétés, la loi de 1966, est totalement archaïque en ce qui concerne les nouvelles façons de s'allier. Quand on fait par exemple une *joint-venture*, on s'aperçoit que notre arsenal juridique est inadapté.

En matière de *joint-venture*, les BV néerlandaises, les holdings luxembourgeoises ou les centres de coordination belges sont mieux adaptés et passent très bien à Bruxelles ou même aux Etats Unis.

Je pense que le droit français des sociétés devrait évoluer non seulement sous la pression du droit de la concurrence, mais aussi et surtout, en fonction des nouveaux comportements des industriels en matière de concurrence. Pour commercer en Europe, avant vous aviez le système des filiales géographiques nationales. Maintenant nous préférons nous allier avec un partenaire qui est déjà bien implanté sur le marché anglais, par exemple, plutôt que de créer notre propre réseau. On s'allie, on s'associe mais le droit des sociétés français n'est pas adéquat.

Enfin, le droit de la concurrence se doit de régir toutes les activités, des transports aux télécommunications en passant par l'énergie.

Il n'y a pas de raison pour que seuls les industriels subissent les contraintes, il n'est pas normal que certains domaines continuent de jouir de privilèges exorbitants du droit commun tandis que les industriels intègrent les contraintes de la concurrence. Les entreprises publiques doivent, elles aussi, être soumises à ces règles. Quand nous négocions un contrat de fournitures avec EDF, il n'est pas normal qu'il nous impose ses prix car lorsque nous achetons du gaz ou de l'électricité, il s'agit d'une matière première au même titre que les matières premières comme les dérivés du pétrole. Je ne vois pas pourquoi

quand nous achetons du benzène, nous allons tenir compte, avec nos partenaires des conditions de la concurrence alors que EDF n'en tient pas compte quand il nous vend son électricité. Si on parle d'un marché libre, il faut briser les monopoles légaux comme revoir les aides d'Etat.

10°. Plus particulièrement, que pensez vous des rapports que le droit public et le droit privé entretiennent en matière de droit de la concurrence?

L'interaction est peut-être plus sensible dans le domaine du droit public.

11° A cet égard, que pensez-vous du transfert de compétence de la loi de 1987 a opéré concernant l'examen des recours formés contre les décisions du Conseil de la concurrence, du Conseil d'Etat à la Cour d'appel de Paris?

12° A cet égard, pensez vous que le Conseil de la concurrence est un organe administratif, un organe juridictionnel ou un organe justifiant une qualification nouvelle?

Le Conseil de la concurrence n'est plus un organe administratif. Ce n'est pas non plus un organe juridictionnel au sens propre, et je trouve que les droits de la défense ne sont pas vraiment respectés, le contradictoire n'est pas vraiment instauré. En fait, le Conseil de la concurrence devrait être un organe juridictionnel avec toutes les garanties que cela entraîne pour les parties.

Nous ne contestons pas qu'il y ait une procédure écrite devant le Conseil de la concurrence et la commission de Bruxelles, au contraire cela nous laisse le temps de réfléchir. En revanche, dès lors qu'ils ont instauré des audiences, des comparutions, nous souhaiterions qu'ils aillent jusqu'au bout de leur logique et que l'on ait les moyens de se défendre avec du contradictoire. Or lors des procédures devant le Conseil de la concurrence, il semble souvent que la décision ait déjà été prise à l'avance. Je regrette qu'il n'y ait pas de véritable dialogue comme il en existe devant un tribunal. Je reconnais que des progrès sensibles ont été faits, car avant la procédure de l'audition orale n'existait pas, ni à Bruxelles, ni à Paris. C'est un progrès, mais ce n'est pas suffisant.

13° A cet égard, que pensez-vous que la Cour d'appel de Paris, lorsqu'elle statue sur les recours formés contre les décisions rendues par le Conseil de la concurrence, statue comme une juridiction ordinaire de l'ordre judiciaire ou pensez-vous qu'elle constitue alors une juridiction spécifique?

Je n'ai pas d'opinion particulière à ce sujet (faute d'expérience).

14° Que pensez vous des rapports que le droit interne et le droit communautaire entretiennent en matière de concurrence?

Tout d'abord il faut rappeler la règle suivant laquelle le droit communautaire prime sur le droit interne.

Ensuite, et comme vous le savez, il y a une harmonisation très nette de tous les droits nationaux avec le droit communautaire, l'ordonnance de 1986 en est un exemple. Les rapports entre les différents droits sont devenus très étroits.

Il existe à ce propos depuis très peu de temps une communication de la commission sur les conditions d'application des articles 85 et 86 par les tribunaux nationaux. Donc, il va falloir que les magistrats nationaux apprennent le droit communautaire. J'y vois toutefois un petit problème dans la mesure où les tribunaux ne pourront pas appliquer les dérogations prévues à l'article 85§3. Ils appliquent l'article 85 mais pas l'article 85§3, cela me semble un peu curieux.

Quant aux contacts entre les organes communautaires et nationaux, je soulignerai un inconvénient: le fait que Bruxelles et chaque

Direction de la concurrence des différents pays nationaux travaillent en liaison étroite pose des problèmes de confidentialité. Il n'est pas nécessaire que la Direction de la concurrence d'un autre pays soit au courant des problèmes d'un industriel d'un pays différent.

15° Que pensez- vous des rapports que le droit pénal et le droit non- pénal entretiennent en matière de concurrence?

Il est dommage qu'il y ait dans la réglementation du droit de la concurrence toujours des reliquats de droit pénal. A cet égard, une nouvelle réglementation de 1993 sur les délais de paiement prévoit encore des sanctions pénales. Le montant légal de l'amende s'élève à 500.000 francs, ce qui est considérable.

On s'entend toujours dire de nos jours que la délinquance économique est aussi grave que la délinquance de droit commun.

16°:Que pensez vous des rapports que le droit commun et le droit spécial de la concurrence entretiennent en la matière?

Le droit spécial de la concurrence donne des coups de canifs au droit commun. Ce droit spécial tend à envahir complètement le droit des affaires et de plus il amène des changements dans le rôle des juristes au sein des sociétés. Avant les juristes n'étaient saisis en matière de droit de la concurrence que dans les cas de litiges. Maintenant ils ont une action plus préventive. Quand la société souhaite mettre au point un projet, le juriste intervient en amont. En effet, le rôle du juriste spécialisé en droit de la concurrence est très important car il arrive souvent que les directeurs généraux des filiales peu au courant des règles de la concurrence, proposent des projets irréalisables, car illicites au vu de la réglementation. Le juriste se doit d'avoir un rôle d'alerte pour éviter ce genre de situation.

17° Quelle formation souhaiteriez- vous pour les personnes appelées à pratiquer ce droit?

18° Estimez- vous que la formation que vous avez vous- même reçue vous a suffisamment et complètement préparé.

19° Une formation initiale vous paraît elle suffisante ou une formation permanente vous paraît- elle nécessaires?

Il est nécessaire que la formation des personnes appelées à pratiquer ce droit soit à la fois solide en économie et en matière financière. Il faut également une formation en droit fiscal, en économétrie, et en droit des sociétés.

Je suis moi-même juriste de formation et j'ai également un diplôme de droit Européen, j'étais donc formée au droit de la concurrence. Une formation initiale n'est jamais suffisante, une formation continue avec à la fois des juristes et des économistes est nécessaire. Dans cette optique, le Ministère des Finances organise des conférences très intéressantes.

20° Des contacts avec des personnes de formations différentes vous paraissent-elles inutiles, utiles, ou nécessaires?

Ces contacts sont indispensables.

21° Eprouvez vous des difficultés de relation avec les autres pôles de régulation de la concurrence?

Nous n'avons pas de difficultés ni avec le Conseil de la concurrence, ni avec Bruxelles qui, lorsqu'ils préparent un texte, consultent les industriels. Les organismes professionnels tels que le CNPF, l'UIC (Union des Industries Chimiques) et la CCI (Chambre du Commerce International) reçoivent les projets de règlements et les projets de lois, qui sont ensuite discutés au sein de

commissions spécialisées. A titre d'exemple, le texte sur les concentrations a été discuté pendant 15 ans de 1973 à 1989 par les professionnels, période durant laquelle une dizaine de projets successifs ont été rédigés. De ce fait, les professionnels, les industriels participent à l'élaboration du droit. La Commission est de moins en moins composée d'"eurocrates", elle s'entoure d'avis et de conseils de professionnels de l'industrie dont elle tient compte.

Cette participation est très active et permanente. Aucun texte ne sort sans consultations. Pour favoriser ces contacts, Rhône-Poulenc a établi une structure importante à Bruxelles, avec un juriste sur place qui alerte le groupe de chaque proposition de texte.

22° Avez vous trouvé des difficultés de coordination entre ces pôles?

23° Trouvez-vous que les relations entre les pôles sont simples, complexes ou trop complexes? Je dirais que les relations entre les différents pôles sont très structurées.

24° Avez vous déjà été confronté à des situations de conflits entre les pôles de régulation?

Il est un fait que nous préférons avoir à faire avec Bruxelles qu'avec les autorités nationales. Quand un industriel a un projet de *joint-venture* avec un grand concurrent, fatalement plusieurs pays sont concernés. Si la société s'adresse directement à Bruxelles il n'y aura qu'une seule procédure, alors que devant les autorités nationales, les procédures seraient multipliées. De plus on retrouve un sens industriel et plus de flexibilité à Bruxelles que devant les autorités nationales qui sont enfermées dans des textes rigides.

Il y a parfois des conflits entre le Ministère de l'industrie et le Ministère des Finances ainsi qu'entre la DG3 et la DG4 si bien qu'il sont obligés d'opter pour des solutions de compromis. Les industriels quant à eux n'en subissent pas les conséquences.

26° Quelle finalité donnez vous à la concurrence?

27° Quelle finalité donnez-vous au droit de la concurrence?

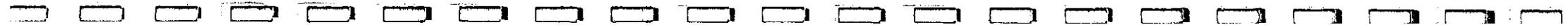
Le droit de la concurrence sert à la régulation du marché et il est nécessaire étant donné la complexité grandissante des relations commerciales et industrielles.



UNIVERSITE PARIS II
LABORATOIRE DE SOCIOLOGIE JURIDIQUE

RECHERCHES SUR LE DROIT DE LA CONCURRENCE

Entretien avec Maître Philippe RINCAZAUX, du barreau de Paris.



AVEZ-VOUS UNE IDEE DE LA FACON DONT EST ORGANISE LE DROIT DE LA CONCURRENCE EN FRANCE ?

Pour commencer, le droit de la concurrence est apparu en France assez récemment dans sa forme moderne parce qu' il a fallu attendre 1986 pour qu' une ordonnance (qui régit à peu près dans son ensemble toutes les règles de concurrence) soit prise par le gouvernement Chirac, et ce bien longtemps après le traité de Rome de 1957 qui posait déjà toutes les bases du droit de la concurrence communautaire. Auparavant tout le système était organisé sur le régime d' après guerre, régime de pénurie qui était essentiellement axé sur le contrôle des prix. En 1986 est intervenue une ordonnance tout à fait essentielle qui a permis, sur le principe de liberté des prix et des libertés du commerce et de l' industrie, d' avoir un texte qui regroupait l' ensemble des règles de concurrence.

La spécificité réside dans une autorité qui après 86 a eu un pouvoir de décision et non plus un pouvoir simplement consultatif, ce qui changeait beaucoup les choses, puisque petit à petit le contentieux de la concurrence était transféré à une autorité qui était indépendante de l' exécutif. Après 87, dans un premier temps, c' était l' amendement D'Ornano, le contentieux des décisions du conseil de la concurrence été transféré à la Cour d' appel de Paris, et non plus au conseil d' Etat ce qui a certainement été une étape tout à fait essentielle dans l' évolution du droit de la concurrence. Je crois que là sont posées les bases du droit de la concurrence qu' on verra évoluer certainement dans les années à venir et notamment vers une judiciarisation des contentieux de concurrence qu' on n' avait pas vu avant, et qui apportera un certain nombre de garanties importantes. D' ailleurs un arrêt de la Cour d' appel de Paris a été rendu , il y a je crois deux jours, ne concernant pas une décision du conseil de la concurrence mais une décision de la COB et qui annule sa décision sur le fondement du respect des droit de la défense et reconnaît leur valeur constitutionnelle est tout à fait significatif¹.

A l' origine la concurrence était du domaine des économistes, a été transféré aux juristes . Le législateur n' a pas eu la volonté de transférer aussi tout le contentieux aux juges, au motif sans doute que les juges n' étaient pas suffisamment compétents. Or on observe que les magistrats de la Cour d' Appel de Paris qui sont spécialisés en cette matière, prennent des décisions qui sont tout à fait remarquables, en tout cas qui précisent de nombreux points des décisions du conseil de la concurrence, qui vont un peu plus loin, et qui ont une appréhension de la matière

¹ PARIS, 1 chambre, sect. COB, 15 janvier 1993; JCP-1993, E, II 414.

certainement au moins aussi bonne que celle des membres du conseil de la concurrence

LA CREATION DE CE CONSEIL SIGNIFIE-T-ELLE QUE LA MATIERE EST TROP COMPLEXE POUR LES JUGES ORDINAIRES ?

Si le législateur avait opté pour la création d' une magistrature économique , les magistrats auraient été tout à fait capables. Il y a des juges d' instruction qui ont à connaître des affaires financières très complexes, et qui mettent en jeu de gros enjeux, notamment des affaires de délits d'initiés. Vous avez une section économique et financière du parquet qui elle aussi est composée de substituts du procureur tout à fait remarquables, qui maîtrisent très bien ces enjeux et tous ces mécanismes. Donc, je crois que si vraiment on avait pu former des magistrats , ils auraient été tout à fait capables de maîtriser cette matière

LA MATIERE DE LA CONCURRENCE SE MARIE-T-ELLE BIEN AVEC LE CADRE DU PROCES JUDICIAIRE ?

Là intervient je dirais un premier problème qui vient certainement en partie des avocats: ils devraient avoir une approche plus économique des dossiers et pas simplement juridique. Mais toutes ces notions économiques doivent être suffisamment établies au cours d' un débat contradictoire qui est discuté pour pouvoir considérer si oui ou non la définition du marché est juste et si oui ou non les postulats qui sont pris en compte sont des postulats qui sont admis communément. Finalement après la qualité des intervenants joue: les avocats sont-ils capables de discuter ces postulats?. S' ils n'en sont pas capables, il faudrait faire intervenir des économistes dans les dossiers et à partir de là un débat contradictoire peut tout à fait arriver. Ce qui est important, c' est que ce débat soit juste et équilibré que l' on respecte le principe du contradictoire pour les droits de la défense, ce qui est tout à fait essentiel. La Cour d' Appel de Paris permet de le respecter beaucoup plus. C' est également ce qu' on observe avec la CJCE.

Je conseillerai de lire dans un ouvrage sorti il y a peu de temps, intitulé "Les Juges Parlent" à l'initiative de deux journalistes du Monde, l'interview de Pierre Bézard qui est Président de la Chambre commerciale de la cour de Cassation. Les décisions rendues sur des motivations de droit sont des décisions qui tiennent compte nécessairement du contexte économique et international. Il prenait l'exemple des réseaux de distribution: ils ne peuvent pas prendre de décisions qui de fait pénaliseraient les entreprises françaises à l'exportation en leur interdisant de constituer des réseaux de distribution. Donc il y a de ce fait un élément conjoncturel qui intervient mais il faut que la décision, quelle qu'elle puisse être, soit "comprise et admise", par les parties, les personnes condamnées ou les personnes qui ne sont pas condamnées, le Ministère public ou le Conseil de la Concurrence.

DE L'INTERET D'UNE FORMATION ECONOMIQUE POUR UN JURISTE APPELE A CONNAITRE D'AFFAIRES DE DROIT DE LA CONCURRENCE.

Cela valorise leur double formation. Ce qui est peut être un peu choquant c'est que les ESSEC seuls, avec leur seul diplôme ESSEC puissent passer l'examen, ce qui ne me gêne pas tellement sauf au regard de l'Université qui perd finalement son seul attrait. Si l'examen au CFP est sérieux et bien fait, il n'y a pas de problème: soit les ESSEC en sortant des études sont compétents et à ce moment là il n'y a pas de raison de les pénaliser, soit ils le seraient pas et ils ne seraient pas reçus.

LES GRANDS PRINCIPES JUDICIAIRES SONT-ILS RESPECTES ?

Je ne suis pas sûr que ce soit la voie que l'on prenne, parce qu'en créant un Conseil de la concurrence, on a créé une autorité indépendante, comme le CBV ou la COB. Il est tout à fait essentiel que la procédure soit une procédure de type judiciaire et non plus administratif, et en tout état de cause que les droits de la défense soient respectés. Après je dirai que c'est aux hommes de faire leur travail: s'il y a des rapporteurs qui sont de qualité et qui font des rapports de qualité, s'il y a des avocats qui font bien leur travail en voyant tout les aspects d'un dossier, s'il y a des juges ou des membres du Conseil de la Concurrence qui sont compétents et qui font bien leur travail, après il n'y aura plus de grosses difficultés. Il faut simplement que les choses soient bien faites de part et d'autre. Mais que l'on ne voit pas comme pour COB paraître une décision avant même qu'il n'y ait eu atteinte au marché; quelquefois on a le sentiment que le Conseil de la Concurrence a finalement déjà fait son opinion.

Il y a un aspect de la procédure qui est particulièrement choquant, c'est que le rapporteur puisse assister au délibéré. Il est vrai que ce n'est pas une juridiction, mais le principe de la publicité des débats devrait être respecté. On nous dit qu'il faut protéger le secret des affaires. On ne protège pourtant pas toujours le secret de la vie privée en matière de droit commun, et de toute façon quand le débat vient devant la Cour, il est public.

EST-IL ALORS SOUHAITABLE DE VOIR LE CONTENTIEUX DU DROIT DE LA CONCURRENCE CONFIE AU JUGE ORDINAIRE ?

J'aurais tout à fait souhaité une magistrature économique, je crois que cela aurait été la meilleure chose, avec une chambre spécialisée. Mais le chemin commence à être tracé, avec la Cour d'Appel de Paris, au fil du temps, elle ajuste sa jurisprudence. On peut aussi espérer qu'avec le temps, la Constitution sera réformée, et que chaque citoyen pourra saisir le Conseil Constitutionnel directement, et que soit par ce biais là qui est plus hypothétique, soit par des recours devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme, on puisse éventuellement faire un peu évoluer la jurisprudence.

Ca se serait à mon avis ce qu'il y aurait de souhaitable, mais je ne crois pas que ce soit réaliste parce que personne ne le fera. On devrait essayer d'insuffler un semblant de juridictionnalisation de la procédure, et au moins que les garanties fondamentales des droits de la défense soient respectées tant devant le conseil de la Concurrence que devant les autres autorités indépendantes.

Le droit de la concurrence était avant sous le contrôle direct de l'Exécutif, il a été c'est vrai un petit peu délégué. Il demeure que la matière du droit de la concurrence est une matière qui concerne aussi l'intérêt général et non pas simplement les intérêts particuliers, et au même titre que l'intérêt général doit être protégé, le marché doit être protégé. Les juridictions judiciaires m'apparaissent les mieux à même de le faire. Le jugement des infractions pénales, et leur sanction, relève du même type de mission. La grande différence entre les deux domaines résulte des textes pénaux qui doivent être interprétés strictement, ce qui n'est pas le cas des règles de concurrence

Et concernant les juges chargés de faire respecter cet ordre du marché, on peut dire que les magistrats de la Cour d'Appel présentent plus de garanties que les membres du Conseil qui, nommés pour 6 ans, ne bénéficiant pas de l'inamovibilité.

LA MATIERE DU DROIT DE LA CONCURRENCE EST-ELLE, SELON VOUS, UNE MATIERE RELEVANT PLUTOT DU DOMAINE JURIDIQUE OU ECONOMIQUE ?

De la matière juridique indéniablement, avec des données de base économiques. Les faits sont qualifiés et sanctionnés en Droit, mais qui dans leur appréhension nécessitent une étude économique. La conception de la notion de Droit de la Concurrence peut être conduite à évoluer, sous l'empire d'une nouvelle philosophie économique; cependant, la souplesse de la jurisprudence sera une barrière contre une trop rapide obsolescence des textes et ce, grâce à l'imprécision des notions comme l'entente ou la concentration.

Pour préciser ce dernier point, j'aimerais dire qu'il serait utile que les avis du Conseil de la Concurrence en matière de concentrations, aujourd'hui consultatifs, deviennent obligatoires. Aux Etats-Unis, un organisme spécialisé régit la matière sans que l'on pense à parler de gouvernement des juges. Une procédure de type civile devant la Cour serait une garantie supplémentaire. Ceci permettrait aussi de diminuer la pondération de l'opportunité dans une décision, tout en ayant conscience de ce que de telles considérations ne sont pas à exclure. L'élément conjoncturel est en effet beaucoup plus pris en compte lorsque le cadre de développement du droit de la concurrence est étatique ou para-étatique.

QUELLES SONT LES BRANCHES DU DROIT QUI VOUS SEMBLERENT CONCERNEES PAR LE DROIT DE LA CONCURRENCE?

Je pense que la matière du droit de la concurrence est plus influencée par le droit privé, qu'elle relève plus de ce droit. Le droit public est par essence un droit d'exception aux principes généraux; toute l'activité commerciale est contractuelle, et on ne peut la détacher de ses conséquences. Un certain flou artistique entoure le droit de la concurrence car il intéresse le marché, véritable veau d'or des considérations contemporaines. On cherche à le protéger par tout moyen, d'où un flottement quant à l'appartenance claire à un branche du droit. Si on laissait ce marché fonctionner seul, les excès étant contrôlés par les juges, la règle de droit trouverait sa pleine application. Elle est après tout destinée à organiser les rapports collectifs entre les hommes, sujets de

droit privé. Pourquoi le droit public devrait-il s'immiscer dans des rapports ayant trait au droit des obligations.?

Il appert aussi que la tradition française n'est pas en ce sens, et que l'intervention des Communautés Européennes y est sans doute pour beaucoup dans la situation actuelle. Certains ont souhaité voir dans ce nouveau droit en émergence un troisième ordre juridictionnel; je pense que les deux existant sont déjà suffisants. Mais il est nécessaire que le droit privé demeure en toute matière le droit commun, et que l'on cesse de renvoyer devant le juge administratif des sujets ayant un lien avec le droit privé. Le justiciable ne s'y est pas trompé, qui insère dans des contrats des clauses d'arbitrage pour des problèmes de concurrence n'ayant pas directement trait à l'ordre public.

A CET EGARD, QUE PENSEZ-VOUS DU TRANSFERT DE COMPETENCE QUE LA LOI DE 1987 A OPERÉ, CONCERNANT L'EXAMEN DES RECOURS FORMES CONTRE LES DECISIONS DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE, DU CONSEIL D'ETAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS?

C'est un élément très important de notre droit; je le comparerais, de façon assez abusive, à la réforme constitutionnelle de 1974 qui a accordé à 60 députés ou 60 sénateurs la saisine du Conseil Constitutionnel. De la même manière, le droit de la concurrence est rentré dans une autre phase; de nouveaux principes peuvent désormais être invoqués devant le juge judiciaire. N'oublions pas que les décisions du Conseil de la Concurrence sont exécutoires de plein droit, et en conséquence il est souhaitable que certains principes essentiels soient respectés. On peut rapprocher cette avancée dans notre droit à la situation existant pour le droit boursier: il n'est pas certain que si la matière avait été soumise au juge administratif en dernier ressort, les modifications législatives des dernières années auraient vu le jour.

A CET EGARD, PENSEZ VOUS QUE LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE EST UN ORGANE ADMINISTRATIF, UN ORGANE JURIDICTIONNEL OU UN ORGANE JUSTIFIANT UNE QUALIFICATION NOUVELLE?

On parle à son sujet d'Autorité Administrative Indépendante, avec un pouvoir quasi-juridictionnel; mais finalement avec un pouvoir de sanction comparable à celui d'une juridiction.

A CET EGARD, QUE PENSEZ-VOUS DE LA COUR D'APPEL DE PARIS LORSQU'ELLE STATUE SUR LES RECOURS FORMES CONTRE LES DECISIONS RENDUES PAR LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE?

Elle rend ses arrêts selon une procédure de type administratif; il s'agit d'un juge judiciaire remplissant son rôle selon un mode particulier. Une judiciarisation existe, en ce que les juges essaient de rattacher les notions au droit privé. Devant le silence de la loi, il appartient au juge de stabiliser la matière, en l'espèce vers les fondements du droit privé.

QUE PENSEZ-VOUS DES RAPPORTS QUE LE DROIT INTERNE ET LE DROIT COMMUNAUTAIRE ENTRETIENNENT EN MATIERE DE CONCURRENCE?

Les deux sont intimement liés et imbriqués. Le droit français s'est tellement rapproché du droit communautaire que la question se posant aujourd'hui est souvent celle de la compétence territoriale. On la retrouve ailleurs avec la subsidiarité.

QUE PENSEZ-VOUS DES RAPPORTS QUE LE DROIT PENAL ET LE DROIT NON PENAL ENTRETIENNENT EN MATIERE DE CONCURRENCE?

Ces rapports deviennent moins importants maintenant que les relations entre professionnels ont été dépenalisées. Le droit pénal intervient finalement à un autre niveau, plus extérieur, qui est celui des conséquences au plan du droit commun d'une affaire de droit de la concurrence. D'où l'intérêt de rattacher le contentieux à la matière judiciaire, pour l'évaluation des sanctions.

QUE PENSEZ-VOUS DES RAPPORTS QUE LE DROIT COMMUN ET LE DROIT SPECIAL DE LA CONCURRENCE ENTRETIENNENT EN LA MATIERE?

Le droit de la concurrence a une spécificité par rapports au droit commun, droit des relations entre particuliers, mais il en est indéniablement une branche.

QUELLE FORMATION SOUHAITERIEZ-VOUS POUR LES PERSONNES APPELEES A PRATIQUER CE DROIT?

Une solide formation juridique avec des notions d'économie. Il est du devoir de la faculté d'aménager des enseignements en ce domaine. La double formation est un avantage, mais il est préférable que tous les apprentis juristes aient cette formation au cours de leur cursus.

ESTIMEZ-VOUS QUE LA FORMATION QUE VOUS AVEZ VOUS-MEME REÇUE VOUS A SUFFISAMMENT ET COMPLETEMENT PREPARE?

J'ai fait un DEA de droit des affaires à PARIS I, et le CFPA. C'est surtout par la pratique que l'on acquiert une bonne connaissance de la matière.

UNE FORMATION INITIALE VOUS PARAÎT-ELLE SUFFISANTE OU UNE FORMATION PERMANENTE VOUS PARAÎT-ELLE NECESSAIRE?

La formation permanente est indispensable, sans aucun doute.

DES CONTACTS AVEC DES PERSONNES DE FORMATIONS DIFFERENTES VOUS PARAÎSSENT-ILS INUTILES, UTILES OU NECESSAIRES?

Très utiles...

EPROUVEZ-VOUS DES DIFFICULTES DE RELATION AVEC LES AUTRES PÔLES DE REGULATION DE LA CONCURRENCE?

Non, il s'agit d'un milieu assez fermé ou les personnes qui y appartiennent peuvent se rencontrer. Il faut favoriser ces relations.

AVEZ-VOUS EPROUVE DES DIFFICULTES DE COORDINATION ENTRE CES PÔLES?

...

TROUVEZ-VOUS QUE LES RELATIONS ENTRE CES PÔLES SONT SIMPLES, COMPLEXES, TROP COMPLEXES?

Des problèmes se posent quant à la sécurité juridique, on ne peut prévoir les décisions. La concertation n'est pas toujours au rendez-vous, tant au niveau interne que communautaire.

AVEZ-VOUS DEJA ETE CONFRONTE A DES SITUATIONS DE CONFLITS ENTRE LES PÔLES DE REGULATION?

AVEZ-VOUS DEJA ETE CONFRONTE A DES SITUATIONS DE BLOCAGES ENTRE LES PÔLES DE REGULATION?

QUELLE FINALITE DONNEZ-VOUS A LA CONCURRENCE?

Un fonctionnement harmonieux du marché. Je résume ceci par le triptique républicain Liberté Egalité Fraternité: liberté du commerce et de l'industrie, égalité sur le marché (de contracter de part et d'autre), fraternité c'est à dire loyauté des pratiques commerciales.

QUELLE FINALITE DONNEZ-VOUS AU DROIT DE LA CONCURRENCE?

Ce droit essaie d'être pragmatique. C'est une force, mais aussi parfois une source d'insécurité juridique.



Laboratoire de sociologie juridique
de l'Université de Panthéon-Assas (CNRS URA 971)

Recherche sur

les pouvoirs normatifs en droit de la concurrence

ENTRETIEN AVEC

Monsieur Robert SAINT-ESTEBEN
Avocat à la Cour d'appel de Paris

1° *Quels sont, selon vous, les avantages du droit de la concurrence ?*

R.S. : A partir du moment où l'on fait le choix d'une économie de marché, qui par nature repose sur la concurrence, il est indispensable de se doter d'une réglementation qui trace la limite entre le licite et l'illicite, la concurrence étant fondée sur un rapport conflictuel entre concurrents ou intérêts concurrents.

Le droit de la concurrence est donc articulé autour des mêmes ressorts que tout le droit : policer les rapports entre sujets de droit, à partir, en l'occurrence, d'une certaine conception d'un ordre public économique, lequel est modelé par ce qu'on estime être le fonctionnement normal du marché.

2° *Quels sont, selon vous, les inconvénients du droit de la concurrence ?*

Toute règle suppose des choix arbitraires. On part donc d'un postulat - à supposer que le pouvoir normatif s'exerce de façon rationnelle - d'où un côté artificiel, qui peut confiner à l'arbitraire si les choix effectués ne sont pas fondés sur une rationalité économique.

En la matière, il faut traduire en normes générales les comportements ou les phénomènes économiques, en sachant qu'on ne peut apprécier le comportement des agents économiques qu'en fonction d'un contexte économique donné : ceci montre la difficulté qu'il y a à porter une telle appréciation a priori. Cet état de choses engendre une valse-hésitation constante entre l'option consistant à se limiter à des concepts vagues, abandonnés à l'appréciation du juge - qui ont le mérite de la souplesse - et à l'inverse le choix consistant à produire des règles bureaucratiques, telles que les règlements d'exemption par catégories.

Or il faut ici garder à l'esprit le fait que plus la sanction infligée est lourde ou susceptible de l'être, plus l'exigence de sécurité juridique est impérieuse. Cette sécurité peut être obtenue par deux voies :

- soit par une solution individuelle définitive (qui, est en théorie, l'idéal), comme c'est le cas pour le contrôle des concentrations d'entreprises. Mais aucun droit ne pratique ce système en matière d'ententes ou de position dominante ;

- soit par une règle préétablie, contrôlable a posteriori, système qui n'a pas que des défauts, du moins lorsqu'il est envisagé a minima, c'est-à-dire pour éliminer les problèmes simples (exemple : les règlements d'exemption par catégorie).

Les effets pervers ne sont cependant pas absents. C'est ainsi que l'esprit de telles méthodes se trouve en pratique détourné : alors qu'en principe leur objet est limité à une sorte de présomption simple de validité de l'acte ou de l'opération, on en vient insensiblement à présumer que, lorsqu'un comportement ou une situation est hors du

OPa beaucoup de définitif que 25(3) et APD ...

champ d'une telle exemption par catégorie, ce comportement ou cette situation sont ipso jure illicites, ce qui est une déduction hâtive.

3°) *Quels phénomènes, selon vous, sont à l'origine de ces avantages et de ces inconvénients ?*

Les considérations étrangères aux strictes questions de concurrence influent sur les règles elles-mêmes. C'est ainsi que la capacité d'absorption des dossiers par les autorités communautaires induit la fixation de certains plafonds : le seuil communautaire de cinq milliards d'écus en matière de concentration semble avoir été arrêté à cette hauteur parce que celle-ci permettait de penser que les autorités communautaires auraient ainsi une cinquantaine d'affaires à traiter chaque année.

En même temps, ceci réglait une question politique de partage des pouvoirs entre la communauté et les états membres, qui se voyaient ainsi "retirer" près de cinquante concentrations par an.

4°) *Quelle serait, selon vous, l'évolution souhaitable du droit de la concurrence ?*

La question présente deux aspects distincts : le droit matériel et les questions procédurales.

a) S'agissant tout d'abord du droit matériel, le droit de la concurrence englobe tous les comportements critiqués en application du titre IV de l'ordonnance du 1er décembre 1986. C'est sûrement sur ce point qu'il y a le plus à faire, qu'il s'agisse des règles de facturations, sur lesquelles les solutions sont très incertaines, ou encore des remises dont le principe est acquis. Il règne en ce domaine une certaine approximation et l'on pourrait certainement améliorer les qualifications.

En outre, j'éprouve pour ma part une réelle réticence face à l'interdiction, en tant que pratiques individuelles, de comportements qui ne devraient être sanctionnés que s'ils étaient liés à des pratiques concertées, ou abus de domination restrictifs de concurrence. Car le vrai droit de la concurrence, ce sont les ententes, les concentrations, les abus de position dominante qui affectent le jeu de la concurrence sur le marché. La notion d'abus de dépendance économique est à cet égard hybride, se situant entre les deux catégories.

A cela s'ajoutent les ambiguïtés du droit, spécialement français, de la concurrence, puisqu'il ressort de l'ordonnance du 1er décembre 1986 que le législateur ne s'attaque à certaines pratiques qu'à partir du moment où elles faussent le jeu de la concurrence.

La notion d'objet anticoncurrentiel entretient cette ambiguïté, spécialement si l'on songe qu'il peut y avoir un objet imprévu par les auteurs d'une clause donnée. Il en est ainsi de la clause d'interdiction d'exporter, qui révèle la différence entre intention et objet : l'intention qui a présidé à la rédaction de la clause peut résider dans des problèmes de sécurité des produits ou du consommateur par exemple.

Il y a donc là une contradiction entre l'idée de ne s'intéresser qu'au comportement susceptible de fausser la concurrence et la prise en considération du seul objet (supposé) d'un comportement, qui conduit certains à préconiser de ne pas tenir compte du "seuil de sensibilité".

b) Quant à la mise en œuvre et à la procédure, il faudrait choisir plus clairement entre le contrôle par un organisme administratif et le contrôle juridictionnel : le Conseil de la concurrence est, à cet égard, d'une nature hybride qui n'est pas sans inconvénient, dont le moindre n'est pas le fait que l'on ne sache pas très bien si les règles de procédure qu'il doit respecter sont celles d'un organe administratif ou d'une juridiction.

6° *La concurrence relève-t-elle, selon vous, de la matière juridique, de la matière économique, ou des deux ?*

Elle relève naturellement des deux. La concurrence est un phénomène économique, réglementée ou non... l'absence de droit de la concurrence n'impliquant pas l'absence de concurrence. La comparaison vient ici à l'esprit avec les comportements affectifs des individus, qui, semble-t-il, existent indépendamment et en dehors même des règles juridiques qui les régissent. On a affaire en l'occurrence à un phénomène social, qu'on décide de juridiciser.

Si la question est simplement de savoir de quelle discipline relève la concurrence, la réponse est évidemment qu'elle relève à la fois de l'économie et du droit.

Cependant, l'aspect "règle de droit", avec toutes les conséquences qui en résultent, ne devrait jamais le céder, in fine, devant l'économique.

7° *Si vous estimez qu'elle relève des deux matières, sont-elles, selon vous, d'égale importance ?*

Il vient d'être répondu à cette question.

8° *Selon vous, l'une prévaut-elle sur l'autre, ou devrait prévaloir sur l'autre ?*

Cette question revêt une importance majeure d'un point de vue économique. La réponse dépend de la place que l'on accorde à chacune des deux disciplines.

On ne peut s'empêcher de penser qu'il serait opportun et même nécessaire de mieux introduire le principe de la confiance légitime, de la prévisibilité de la législation.

9° *Quelles sont les branches du droit qui semblent surtout concernées par le droit de la concurrence ?*

Beaucoup de branches de droit sont concernées : le droit commercial mais aussi le droit civil, le droit pénal éventuellement et encore le droit international, le droit communautaire et naturellement le droit processuel. S'agissant de cette dernière discipline, on peut s'étonner que par exemple le rapporteur général de la commission de la concurrence, dont le rôle procédural est important, ait été longtemps un économiste plutôt qu'un juriste.

10° *Plus particulièrement, que pensez-vous des rapports que le droit public et le droit privé entretiennent en matière de concurrence ?*

Ces rapports sont pour l'heure assez incertains. Le droit public semble ne pas donner suffisamment de garanties procédurales aux justiciables. On sait bien que l'intégralité des principes protecteurs de la procédure civile n'est pas pour l'heure jugée transposable devant la juridiction administrative, aux termes de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Or, la procédure, en matière de concurrence, est administrative devant le Conseil de la concurrence et civile devant la Cour d'appel. A cela s'ajoute la confusion tenant aux hésitations sur l'étendue du contrôle de la Cour d'appel de Paris lorsqu'elle statue sur recours contre les décisions du Conseil de la concurrence.

11° A cet égard, que pensez-vous du transfert de compétence que la loi de 1987 a opéré, concernant l'examen des recours formés contre les décisions du Conseil de la concurrence, du Conseil d'Etat à la Cour d'appel de Paris ?

Ces avantages consistent en une rapidité des décisions (... parfois excessives, s'agissant en particulier des mesures conservatoires) et un meilleur exercice des droits de la défense tenant aux cumuls, opportuns, de la procédure écrite et de l'oralité des débats.

Les inconvénients résidant dans le fait que, notamment tenant compte de la spécialisation réelle ou supposée des membres du Conseil, la Cour d'appel de Paris paraît avoir été soucieuse de ne pas affecter la mise en place d'un système et la crédibilité de l'institution nouvelle. Peut-être est ce ainsi qu'il faut expliquer que l'on n'aperçoive pas toujours, de sa part, un contrôle très net du fond et spécialement des preuves admises par le Conseil de la concurrence, encore qu'une évolution se soit nettement dessinée ces derniers temps.

Cette approche tranche de manière frappante avec l'attitude radicale qui, sur un autre terrain, fut en son temps celle du Conseil d'Etat lorsqu'il rendit son célèbre arrêt Canal. Même si l'on remarque une évolution, progressive mais nette, on peut éprouver quelques réserves en voyant entérinées en appel les généralisations parfois hâtives auxquelles il arrive au Conseil de la concurrence de procéder, généralisations que l'on pourrait peut-être admettre d'une autorité administrative, mais certainement pas de la part d'une quasi juridiction répressive.

12° A cet égard, pensez-vous que le Conseil de la concurrence est un organe administratif, un organe juridictionnel ou un organe justifiant une qualification nouvelle ?

Dans quel sens faut-il prendre ici le mot "est" ? Signifie-t-il : fonctionne comme ? Ou la question est-elle posée dans l'abstrait ? Dans cette dernière hypothèse, on ne pourrait que renvoyer à la décision rendue en 1987 par le Conseil constitutionnel qui qualifie le Conseil de la concurrence d'institution administrative.

Si l'on se fondait sur la composition et le fonctionnement du Conseil de la concurrence, il faudrait bien se résoudre à voir effectivement dans ce Conseil un organe administratif. Les exigences en matière de garantie procédurale, résultant notamment de la jurisprudence de la Cour d'appel et de celle de la Cour de cassation contraignent cependant le Conseil de la concurrence à se rapprocher de plus en plus de la situation d'une juridiction.

13° A cet égard, pensez-vous que la Cour d'appel de Paris, lorsqu'elle statue sur les recours formés contre les décisions rendues par le Conseil de la concurrence, statue comme une juridiction ordinaire de l'ordre judiciaire, ou pensez-vous qu'elle constitue alors une juridiction spécifique ?

La Cour statue en la matière comme une juridiction ordinaire, mais le contrôle qu'elle exerce sur le fond ne semble cependant pas aussi étendu que dans l'hypothèse d'un appel interjeté dans une affaire ordinaire.

14° Que pensez-vous des rapports que le droit interne et le droit communautaire entretiennent en matière de concurrence ?

15° Que pensez-vous des rapports que le droit pénal et le droit non-pénal entretiennent en matière de concurrence ?

On a assisté ces dernières années à un net reflux du droit pénal stricto-sensu. Le caractère répressif du droit de la concurrence n'en a guère été atténué pour autant, bien

① si on y ajoute que selon Bebbiano il s'agit de "droits" de juridiction et non d'un "droit" pénal !

au contraire, puisque les sanctions pénales sont de plus en plus lourdes. Par ailleurs, ce qui distinguait autrefois le droit pénal classique de ce droit répressif tend aussi à s'estomper, le droit pénal classique connaissant aujourd'hui la responsabilité des personnes morales et par voie de conséquence les amendes affligées aux entreprises.

En outre, la Convention européenne des droits de l'homme, qui s'applique à ces procédures répressives, tend à atténuer la distinction entre ces deux droits sur le plan procédural.

16° *Que pensez-vous des rapports que le droit commun et le droit spécial de la concurrence entretiennent en la matière ?*

Ils entretiennent des rapports plutôt conflictuels : le droit de la concurrence s'affranchit, pour sa propre finalité, des règles et qualifications du droit commun - y compris pour des institutions aussi fondamentales que le droit de propriété (voir par exemple l'affaire des caves d'hydrocarbure dans les stations services).

17° *Quelle formation souhaiteriez-vous pour les personnes appelées à pratiquer ce droit ?*

D'abord une solide formation juridique. Elle devrait naturellement être complétée par une formation économique au comptable, la formation économique devant elle-même comprendre un volet relatif à la gestion des entreprises.

18° *Estimez-vous que la formation que vous avez vous-même reçue vous a suffisamment et complètement préparé ?*

Ma formation de base en économie était insuffisante. Il faut dire que c'était l'approche ultra-juridique du droit de la concurrence qui prévalait il y a une quinzaine d'années, inspirée de la jeune tradition allemande.

19° *Une formation initiale vous paraît-elle suffisante ou une formation permanente vous paraît-elle nécessaire ?*

Une formation permanente est indispensable, le propre du droit économique étant d'être souple et de s'adapter aux réalités économiques. Il serait dans ces conditions impensable de vivre sur des acquis pérennes.

20° *Des contacts avec des personnes de formation différente vous paraissent-ils inutiles, utiles ou nécessaires ?*

De tels contacts me paraissent indispensables.

21° *Eprouvez-vous des difficultés de relation avec les autres pôles de régulation de la concurrence ?*

Cette question ne m'est pas destinée ; en tant qu'avocat, je suis bien sûr amené à m'adapter à chaque pôle, en fonction de sa nature.

22° *Avez-vous éprouvé des difficultés de coordination entre ces pôles ?*

Il existe des différences d'appréciation entre les divers pôles, mais les instruments de régulation fonctionnent, à condition de savoir en user. Ainsi par exemple,

si la DGCCRF adopte une position abrupte, il faut savoir recourir au pôle de régulation que constitue le Conseil de la concurrence ou le Tribunal. C'est la science de l'homme de terrain.

23° Trouvez-vous que les relations entre les pôles sont simples, complexes, trop complexes ?

Il existe des complexités inutiles. C'est par exemple le cas lorsque l'on voit le Parquet intervenir aux côtés du Ministre de l'économie devant la Cour d'appel, tant il est évident que le Parquet va quasi systématiquement s'aligner sur l'appréciation exprimée par le Ministre.

24° Avez-vous déjà été confronté à des situations de conflit entre les pôles de régulation ?

25° Avez-vous été confronté à des situations de blocage entre les pôles de régulation ?

Les questions 24 et 25 ont fait l'objet d'une réponse commune.

Il m'a été donné de voir des situations de conflit, mais non des situations de blocage. S'agissant des situations de conflit, je songe aux différences d'appréciation très claires qui existent en matière de pratique verticale entre la DGCCRF et le Conseil de la concurrence. Ces différences d'appréciation peuvent aller jusqu'à de franches contradictions. Ainsi, en matière de concentration, le Ministre de l'économie a rendu, dans l'affaire Spontex, un arrêté prohibant la concentration envisagée, alors que le Conseil de la concurrence avait quant à lui rendu un avis favorable. On trouve, de même, une opposition dans l'appréciation portée dans l'affaire Gaumont.

Je n'ai en revanche pas le souvenir de situation de blocage, très certainement parce qu'existent des mécanismes de régulation.

26° Quelle finalité donnez-vous au droit de la concurrence ?

Le droit de la concurrence ne doit à mon sens être qu'un moyen parmi d'autres pour que la collectivité nationale accède à un bien être toujours plus grand dans une harmonie croissante. Dans ces conditions, la règle selon laquelle le droit de la concurrence devrait primer toute autre norme mérite d'être discutée. En particulier, je n'irai pas jusqu'à soutenir qu'il faut supprimer, au nom de la concurrence, toute aide aux entreprises en difficulté.

LABORATOIRE DE SOCIOLOGIE JURIDIQUE
UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II) - C.N.R.S.
URA 971

83 bis, rue Notre-Dame-des-Champs
75006 Paris
tél. 44.41.59.31 ; 44.41.59.32 ; 40.46.81.64
fax 40.51.01.14

BIBLIOGRAPHIE



BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

Bancaud, A : La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce; coll "droit et société", LGDJ, 1993.

Belaid, S : Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, préface M Villey, LGDJ, Bibliothèque de philosophie du droit, 1974.

Burdeau, G : Le déclin de la loi : Archives de philosophie du droit, 1963 , p 53.

Cohen Tanugi, L : Le droit sans l'Etat, P.U.F, 1992, 2°ed..

Colliard, C A et Timsit, G : les autorités administratives indépendantes, coll "les voies du droit", PUF; 1988.

Dezalay, Y : Marchands de droit, la restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit, Fayard, 1992.

Dezalay, Y : Batailles territoriales et querelles de cousinage. Juristes et comptables européens sur le marché du droit des affaires, coll "Droit et société", LGDJ, 1993.

Dubin, J : La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé, Bruylant, 1975.

Flamme, M A et Favresse , J M : Les instruments juridiques de l'intervention des pouvoirs publics, in aspects juridiques de l'intervention des pouvoirs publics.dans la vie économique, Bruxelles, 1976.

Geny, F : Méthodes d'interprétation et sources du droit privé positif, 2° ed , LGDJ, 1954.

Gerard, PH, Ost, F et Van de Kerchove, M : Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements, Publications des facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 1983.

Jacquemin, A, Maystadt, Ph et Michaux, B : Politiques d'intervention de l'Etat et administration économique, in aspects juridiques de l'intervention des pouvoirs publics dans la vie économique, Paris, 1976.

Journées d'étude de droit de la concurrence (1984 : Lyon France), Les conflits de réglementation dans le droit français et le droit communautaire des pratiques restrictives de concurrence, Librairies techniques.

Kelsen, H : Théorie pure du droit, traduit par H Thévenaz, Neuchâtel, 1953.

Laubadère, A de : Traité de droit administratif, Tome IV, l'administration de l'économie, LGDJ, 1977.

Malinvaud, P : Le cadre juridique des relations économiques, Librairies techniques, 1970.

Mann Clarence, J : The function of judicial decision in european economic integration, The Hague, Martinus Nijhoff, 1972.

Mayer, P : Le problème des lacunes en droit, études publiées par Ch Perelman, Bruxelles, Bruylant, 1968.

Mescheriakoff, A S : Droit public économique, coll. "droit fondamental", PUF, 1994.

Ost, F : Le jeu : un paradigme pour le droit, sous la direction de F Ost et M Van de Kerchove, coll. "droit et société", LGDJ, 1992.

Ost F et Van de Kerchove, M : Le droit ou les paradoxes du jeu, coll "Les voies du droit", PUF, 1992.

Reynaud, J D : Les règles du jeu. L'action collective et la régulation sociale, coll "U. sociologie", A Colin, 1993.

Ripert, G : Le déclin du droit, études sur la législation contemporaine, R Pichon et R Durand Auzias, 1949.

Ripert, G : Les forces créatrices du droit, LGDJ, 1955, réédité en 1994.

Sabourin, Th : La notion d'autorité administrative indépendante en droit administratif français, LGDJ, 1966.

Saint Esteben, R : Droit communautaire et droits nationaux, PUF, 1967.

Santi, R : L'ordre juridique, Dalloz, 1975.

Sen, A : Ethique et économie, PUF, 1993.

Van de Kerchove, M et Ost, F: Le système juridique entre ordre et désordre, P.U.F, 1988.

OUVRAGES SPECIALISES

Azema, J : Le droit français de la concurrence, 2° ed P.U.F, coll"Thémis",1989.

Baudier, E : Théorie des jeux, concurrence et spéculation, centre d'études prospectives d'économie mathématique, coll "CEPREMAP".

Blaise, J B : Le statut juridique des ententes économiques dans le droit français et le droit des communautés européennes, Paris, 1967.

Blaise, JB, Schapira, J, Le Tallec, G : Droit européen des affaires, coll. "Thémis", 1992, 3°ed.

Boutard-Labarde M C : Le nouveau droit de la concurrence : commentaire de l'ordonnance du premier décembre 1986, Montchrestien, 1987.

D Brault : L'état et l'esprit de la concurrence en France, Economica, 1987.

Braun, A, Gleiss, A, Hirsch H : Droit des ententes de la CEE, Dalloz, 1967.

- Burst, J J et Kovar, R : Droit de la concurrence, Economica, 1981
- Chaput, Y : Le droit de la concurrence, Coll. "Que sais-je?", P.U.F, n° 2413, 1988.
- Colson, M : L'importance de la loi en droit public économique, Université de Limoges, 1976.
- Decocq, A : Droit communautaire de la concurrence, Coll "Droit communautaire des affaires", Les cours de droit, 1992.
- Delattre, A : Histoire de la politique économique française de 1945 à 1981, Les cours de droit, 1978-1979.
- Del Marmol, C : Juridictions et développement du droit économique, Palais des académies, 1975
- Dumez, H et Jeunemaitre, A : La concurrence en Europe : De nouvelles règles de jeu pour les entreprises, édition du Seuil, 1991.
- Farjat, G : Droit privé de l'économie, PUF, 1975.
- Farjat, G : Droit économique, P.U.F, 2° ed, 1982.
- Farjat, G : L'ordre public économique, LGDJ, 1963.
- Mme Foulon-pigagnol : Droit privé économique, Centre étudiant de photocopies, 1970.
- Fourrier, C : Droit public économique, les cours de droit, 1979-1980.
- Franceschelli, Plaisant, Lassier : Droit européen de la concurrence : art 85 à 89 du traité CEE, J Delmas, 1978, 2° édition.
- Geneste, B : Droit français et droit européen de la concurrence : l'ordonnance du premier décembre 1986 et les traités, coll. Pratique du droit, 1991, Eyrolles.
- Glais, M et Laurent, P : Traité d'économie et de droit de la concurrence, PUF, 1983
- Goldman, B, Lyon Caen, A et Vogel, L : Droit commercial européen, Dalloz, 5° ed, 1994.
- Guyon, Y : Droit des affaires. Droit commercial général et sociétés, 6° ed, 1990, Economica
- Homont, A : Droit public économique, Les cours de droit, 1975-1976.
- Jacquemin, A : Actes du colloque sur la magistrature économique, 1976.
- Jacquemin, A et Schrans, G : Le droit économique, coll "Que sais-je?", PUF, 2° ed, 1974.
- Juglart, M de, et Ippolito, B : Traité de droit commercial, Montchrestien, 3° ed, 1991.
- Laubadère, A de et Delvolvé, P : Droit public économique, Précis Dalloz, 1986

- Laurent, Ph : La politique communautaire de concurrence, Sirey, 1991.
- Mousseron, JM et Sélinsky, V : Le droit français nouveau de la concurrence, Litec, 2^oed, 1988.
- Pradel, J : Droit pénal économique, Mémentos Dalloz, 1990.
- Raynaud, P : L'ordre public économique, les cours de droit, 1965-1966.
- Ripert, et Roblot : Traité élémentaire de droit commercial, LGDJ, 1986.
- Ryziger, P F : Rapports entre législations communautaire et nationale en matière de concurrence, Institut d'études européennes, UL Bruxelles, nouvelle série, n°1.
- Savy, R : Droit public économique, mémento Dalloz, 2^o ed, 1977
- Serra, Y : Le droit français de la concurrence, coll "Connaissance du droit", Dalloz, 1993.
- Van Bael, I et Bellis, J F : Droit de la concurrence de la CEE, Bruylant, 1991
- Vasseur, M : Droit de la concurrence, de la distribution et de la consommation, cour de droit des affaires II, Paris II, Les cours de droit, 1982-1983.

MONOGRAPHIES

- Albert, JL : la politique française de la concurrence : "le chant du cygne", PU Lyon, 1992.
- Azema, J : La dépenalisation du droit de la concurrence, Revue de jurisprudence commerciale, 1989, p 651.
- Azema, J, Brault D, Fourgoux JC et Marchi JP : Concurrence : faut-il réformer les règles du jeu ou seulement aménager les procédures? Gaz Pal, 3 juillet 82, p 361. (*réflexion sur le rôle des tribunaux et leurs relations avec les administrations compétentes*)
- Babusiaux, Cl : La nature des sanctions infligées par le conseil de la concurrence, les petites affiches, 17 janv 1990, p 64.
- Basex, M : La réforme de la concurrence. Réflexions d'un publiciste sur la publicisation du droit économique. AJDA, 1985, p 293
- Bazex, M : 1993 : l'année terrible? Le marché commun ou le déperissement de l'interventionnisme économique, droit et pratique du commerce international, 1989, n°2, p 201.
- Berlin, D : L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités françaises, RTDE, 1991, p 1.
- Berten, A : Légalité et légitimité, à propos de J Habermas, in Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 1980, 4, p 12.
- Biancarelli, J et Geneste, B : Droit de la concurrence applicable aux entreprises; le point sur la jurisprudence communautaire en 1991; l'Europe impose sa loi, Revue de la concurrence et de consommation, 1992, n°66, p5.

Blaise, JB : Une construction inachevée : le droit français des ententes et positions dominantes, Etudes R Roblot, LGDJ, 1984.

Bockel, A : Actualités et perspective du contrôle de l'interventionnisme économique, AJDA, 1983, p8.

Bolard, G. : Principes de procédure et efficacité du droit commun civil et pénal au droit de la concurrence et de la Bourse, CDE, 1993, n°5, p.36

Bolze, C : Le transfert du contentieux des décisions du Conseil de la concurrence à la Cour d'appel de Paris. Dalloz, doctrine, 1988, p 172.

Cambier, C : au-delà et en deçà de la juridiction, in mélanges en l'honneur de J Dabin, T II, Bruxelles-Paris, 1963.

Canivet, G : Le juge et les autorités de marché, Revue de jurisprudence commerciale, 1993, p 1 et s.

Cannau, Y et Gazier, F : Les autorités administratives indépendantes, Etudes et documents du Conseil d'Etat, 1983-1984, p 13.

Catalano, N : Rapport entre les règles de concurrence établies par le traité CEE et les législations des Etats membres, Revue internationale de droit comparé, 1963, p 271.

Champaud, C : Les sources du droit moderne de la concurrence au regard du droit commercial et des autres branches du droit applicable en France. Etudes offertes à R Houin. D 85, p 209.

Champaud, C : L'apport du droit communautaire au droit économique, Cahiers de droit européen, 1970, p 557.

Champaud, C : Contribution à la définition du droit économique. D 1967, p 215 et s

Chevallier, J : Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes, JCP 1986, I, 3254.

Chevallier, R : Problèmes de l'application du droit communautaire en droit interne, Revue du marché commun, 1964, p 489.

Cohen Chabaud, M : "Concurrence, les nouvelles règles du jeu". Le nouvel économiste. N° 564 du 31 octobre 1986 p 64

Costa, J L : Le rôle du juge pénal en présence des problèmes économiques, rapport présenté dans le cadre des travaux de l'association H Capitant, journées des 3-6 juin 1970.

CREDECO (Centre de Recherche de Droit Economique de Nice) : L'évolution récente du droit économique français, Revue internationale de droit économique, 1991, p 21.

CREDECO : L'évolution récente du droit économique français, Revue internationale de droit économique, 1994, n°1.

Bernard Cubertafond : Importance de la loi en droit public économique, AJDA, oct 77, p 468.

Danet, D : Le Conseil de la concurrence : juridiction incomplète ou juridiction innommée?, Revue internationale de droit économique, 1991, p 3.

Danet, D : Les avatars d'une métempsychose, La vie judiciaire, 31 déc 1990, p 1.

Danet, D : La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique? Revue internationale de droit économique, 1993, p 5.

Declerq, J : Renouveau ou déclin du pouvoir judiciaire, in JT, 1971, p 620.

Delmas Marsalet, J : Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat, Etudes et documents du Conseil d'Etat, 1969, p 133.

Del Vecchio, G : Droit et économie, Revue d'économie politique, 1935, sept-oct, p 1484.

Deringer, A : The distribution of powers in the enforcement of the rules of competition under the Rome treaty, Common Market Law review, 1963/64, p 38.

Desmazirères de Séchelles, M : Revue de la concurrence et de la consommation, 1987, n°4, p 47.

Donnedieu de Vabres, J : La nouvelle autorité : le Conseil de la concurrence, JCP ed E, 1987, supplément n°12, p 28.

Donnedieu de Vabres, J : Les institutions chargées de la mise en oeuvre du droit de la concurrence : Bundeshartellamt et Conseil de la Concurrence, 5^o journées juridiques franco-allemandes de la société de législation comparée, Paris, 20 nov 1987.

Douvreleur, O : Une voie de recours sui generis : le recours contre les décisions du conseil de la concurrence, Gaz pal 1988, doctrine, p 179.

Drago, R : Le Conseil de la concurrence, JCP 87, I, 3300.

Drago, R : Le contrôle exercé par le juge administratif sur la politique économique, Mélanges Ganshof Van der Meerch, LGDJ, 1972, p 456.

Dubois, L : Les rôles respectifs du juge administratif et du technicien dans l'administration de la preuve, in les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve, Paris, 1976.

Dumon, F : La formation de la règle de droit dans les communautés européennes, Revue internationale de droit comparé, 1960, p 75. *Section V : un problème difficile et délicat de coordination des droits communautaires et nationaux. La réglementation des ententes et accords d'entreprises et celle de la concurrence.*

Dumon, F : La CJCE et les juridictions des Etats membres, revue internationale de droit comparé, 1962, p 369.

Dumon, F : Conflits de normes communautaires et nationales dans l'application des articles 85 et 86 du Traité par les tribunaux nationaux, RIDcomp, 1967, p 21

Echantillon, N : le contentieux de la concurrence et sa spécificité, mémoire DEA Paris II, 1988.

Farjat, G : L'importance d'une analyse substantielle du droit économique, Revue internationale de droit économique, 1986, n°0, p 5.

Fourgoux, J C : Droit de la concurrence : l'enterrement au ralenti des ordonnances de 1945 et la métépsychose de la Commission de la concurrence, Gaz pal 28 sept 1985, p2.

Fourgoux, J C : La Commission de la concurrence et les droits de la défense, Gaz pal, 2-3 juillet 1982.

Fourgoux, J C : Inutilité du droit interne de la concurrence? Revue de jurisprudence commerciale, 1989, p 46.

Fourgoux, J C : le conseil de la concurrence dans la vie économique et juridique de l'Europe, Gaz pal, 1990, doctrine, 27 sept 1990.

Gaudemet, Y : Réflexions sur le droit administratif économique, Etudes en l'honneur du Professeur Lopez Rodu, 1972, p 135.

Gaudemet, Y : L'évolution du droit français du contrôle administratif des concentrations économiques, Revue de Droit public, 1987, p 242.

Gavalda, C : Quelles garanties juridictionnelles dans le nouveau droit français de la concurrence?, Gaz pal 86, p 502

Gavalda, C : Adieu le juge. Une réforme en trompe l'oeil du droit français de la concurrence? Les petites affiches, 7 juin 1985, n° 68.

Gavalda, C et Lucas de Leyssac, C : Non il est encore temps. Analyse d'un projet de réforme fragmentaire du droit français de la concurrence, Gaz pal, 18/19 novembre 1985, p 2.

Gavalda, C et Lucas de Leyssac, C I : commentaires de l'ordonnance du premier décembre 1986, actualités législatives Dalloz, 1988, p47.

Genevois, B : Réforme du droit de la concurrence et respect des règles et principes de valeur constitutionnelle. Revue française de droit administratif, 1987, p 287, suivi d'un commentaire de L Favoreu sur le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires.

Glais, M : Les fondements de la jurisprudence concurrentielle, Revue économique, janvier 1987, p 75.

Glais, M et Laurent, Ph : De la théorie économique à la protection juridique de la concurrence, Gaz pal, 1978, chronique, p 209.

Henrion, R : Le rôle du droit dans l'organisation de l'économie, in actes du colloque sur la magistrature économique, 1976, Bruylant.

Israel, J J : Les rapports du droit administratif avec le droit de la concurrence issu de l'ordonnance du premier décembre 1986, Revue de l'ICC, juin 1989, p 77.

Jacquemin, A : L'interpénétration du droit et de l'économie, Reflet et perspective de la vie économique, 1975, n°1.

Jacquemin, A et Schrans, G : Actes du colloque sur la magistrature économique, Bruylant, Bruxelles, 1976

Jacquemin, A et Schrans, G : Eléments structurels d'une magistrature économique, Revue trim. de droit com., 1977, p 121.

- 283 Jacquemin, A : le droit économique, serviteur de l'économie?, RTDC 1972, p 283
- Jeantet, F C : L'esprit du nouveau droit de la concurrence, JCP, I, 3277.
- Jeantet, F C : Aspect de droit économique, Etudes du droit commercial offertes à J Hamel, Paris 1961.
- Kahir, M : Le système français de contrôle administratif des concentrations économiques, Revue de droit public, 1992, p 1103.
- Kirally, F de : Le droit économique, branche indépendante de la science juridique. Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F Geny, Paris, 1935, T III.
- Kovar, R : Le Conseil d'Etat et le droit communautaire : de l'Etat de guerre à la paix armée, D 90, I, p 57.
- Krimmer, I : La gestion de la concurrence par la Cour d'appel de Paris : un nouvel ordre juridictionnel? D 91, I, p 82.
- Lecourt, R : La concurrence devant le juge, Gaz pal 1973, II, 741
- Leisner, W : L'Etat de droit : une contradiction? in recueil d'études en hommage à Ch Eisenmann, Paris, 1975 ,p 65
- Lepage Jessua, C : Le nouveau droit de la concurrence : une chance pour le droit administratif, Gaz pal, 1986, doct, p 332.
- Linotte, D : Le droit public de la concurrence, AJDA, 20 février 1984, p 60.
- Louassarn, Y et Bredin, J D : La réglementation des ententes: le recul du pouvoir judiciaire. D 1963, chronique, p33.
- Lucas de Leyssac, Cl : faut-il faire de la concurrence une juridiction?, Revue de jurisprudence commerciale, 1992, p 273.
- Luchaire, F : note sur la décision du 23 janvier 1987 du Conseil constitutionnel, D 1988 Jurisprudence p 119.
- Mackaay, E : La règle juridique observée par le prisme de l'économiste. Une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit, Revue internationale de droit économique, 1988, n°0, p 43.
- Mackaay, E : Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste?, Revue de la recherche juridique, 1987, vol 12, n° 2, p 419.
- Manitakis, A : La notion d'égalité en droit public économique, in l'Equité, vol 4, Travaux de philosophie du droit, Université Libre Bruxelles, 1975.
- Marchi, JP et Boutard Labarde, M C : Existe-t-il un droit à la procédure pour la victime d'une pratique anticoncurrentielle?, JCP 88, I, 3260.
- Martin, R : La fonction juridictionnelle du Conseil de la concurrence, JCP, 1990, I, n°3469.

Materne, J : Le problème des compétences respectives des tribunaux nationaux et de la Commission en matière d'ententes, Revue du marché commun, 1964, p 37.

Mertens de Wilmars, W : Le juge et le droit économique, in JT, 1976, p 721.

Mestre, J L : Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété, recueil Dalloz Sirey, I, 1984.

Idot, L : Le contrôle des concentrations en France et au niveau communautaire de la concurrence, Les petites affiches, 1989, n° 31, p 20.

Oppetit, B : Le rôle du juge civil en présence des problèmes économiques, rapport présenté dans le cadre des travaux de l'association H Capitant, journées de 1970.

Oppetit, B : L'hypothèse du déclin du droit, Revue droits, 1987, n°4, p 75.

Oppetit, B : Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve en droit privé, in les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve, Paris, 1976.

Ost, F et Van de Kerchove, M : Auto-organisation des systèmes judiciaires et hiérarchie des normes, in Technologies et symboliques de la communication, sous la direction de L Sfez et G Goutlée avec la collaboration de P Musso, Grenoble, 1990.

Pedamon, M : La protection de la Concurrence en RFA, JCP ed CI, 1984, 14130.

Perrot, R : Le rôle du juge en présence des problèmes économiques, travaux de l'association H Capitant, Dalloz, tome XXII, 1970, p 260.

Pietre, A : Pour une magistrature économique, Le Monde, 16-3-1974.

Questiaux, N : Le rôle du juge en présence des problèmes économiques : l'expérience du juge administratif français, rapport aux journées de l'association H Capitant, journées de 1970.

Renard, C : l'apport des juristes à la solution des problèmes de la gestion des affaires, Faculté de droit de Liège, commission "Droit et vie des affaires", Liège, 1963, p27.

Roche, J : Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence, AJDA, 1962, I, 532

Rousseau, D : La décision Conseil de la concurrence du Conseil Constitutionnel. JCP ed E, 1987, I; p 32.

Sabourin, P : Les autorités administratives indépendantes, AJDA, 1983, 275

Savatier, R : La nécessité de l'enseignement d'un droit économique, D 1961, I, p 117.

Savy, R : L'expérience française de magistrature économique, in actes du colloque sur la magistrature économique, Bruylant, Bruxelles, 1976.

Savy, R : Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques, AJDA, 1972, p3.

- Savy, R : La notion de droit économique en droit français, AJDA, 1971, p 132
- Schrans, G : Le rôle du juge commercial en présence des problèmes économiques, Rapport belge aux journées 1970 de l'association H Capitant, 3-6 juin 1970.
- Selinsky, V : Vers une nouvelle Commission de la concurrence, organisme de régulation des mécanismes concurrentiels, Les petites affiches, 25 septembre 1985, n°115, p 15.
- Selinsky, V : Le contentieux de la répression administrative des ententes et des positions dominantes, Etudes Pequignot CERAM 1984 tome II.
- Stirn, B : Le Conseil d'Etat et le droit communautaire : de l'application à l'élaboration, AJDA 1993, p 244.
- Sueur, J J et CREDECO Nice : Le Conseil constitutionnel français et le droit économique, Revue internationale de droit économique, 1991, p 270.
- Truchet, D : Réflexions sur le droit économique public, Revue de droit public 1980, Juillet août, p 1009.
- Van de Kerchove, M : Le problème des fondements éthiques de la norme juridique et la crise du principe de légalité, in La loi dans l'éthique chrétienne, 1981.
- Ver Loren Van Themaat, P : L'économie à travers le prisme du juriste, Revue internationale de droit économique, 1988, n°2, p 133.
- Ver Loren Van Themaat, P : The changing structure of international economic law, La Haye, Martinus-Nyhoff, 1981.
- Verougstraete, M et Dumon, F : Sur le rôle d'une magistrature économique, in "Le droit économique et financier, 1985, Hommage à R Henrion", Bruylant, 1985.
- Viala, A : Le devenir du droit de la concurrence après la décision du Conseil Constitutionnel censurant la loi d'Ornano. Gaz pal, 31 mars 1987, p 253.
- Vivier, JL : Les décisions du Conseil de la concurrence relèvent du contrôle de l'autorité judiciaire, la vie judiciaire, 24 avr 1987, p1.
- Vogel, L : les tendances actuelles du droit de la concurrence en France : bilan d'un an d'activité du Conseil de la concurrence et de la Cour d'appel de Paris, JCP 1990, I, n° 3470.
- Vogel, L : L'influence du droit communautaire sur le droit français de la concurrence, JCP, 1992, I, 3550, p 33.
- Waline, M : La notion de juridiction et ses conséquences, Revue de droit public, 1947, p 68.
- Weser, M : Les conflits de juridiction dans le cadre du marché commun. Difficultés et remèdes, Revue critique de DIP, 1959, p 613.
- Droit et jeu, variations interdisciplinaires, Revue droit et société, n° spécial, n° 17-18, 1991.

COMMENTAIRES

Chevallier, J : Note sur la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987, AJDA, 1987, p 347

Sestier, JF : Note sur la décision du 23 1 87 du Conseil constitutionnel, JCP 87 II 20854.

Sorel, J M : De l'administratif au judiciaire, la décision n° 86-224 du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987. Revue administrative 1988 p 29.

THESES

Aubertin Fauchille, S : Les relations entre les tribunaux et l'administration dans le contrôle des ententes, Thèse Rennes, 1976.

Bermond, J Y : La Commission de la concurrence : organisme de régulation des mécanismes concurrentiels, Thèse Lyon III, 1980.

Boutet, D : Réflexions sur l'apparition de l'Etat de droit en France et sa protection par le Conseil Constitutionnel, Thèse Tours, 1987.

Bouyssou, R : Le principe de généralité de la loi, Thèse Paris, 1956.

Chevallier, R M : Commentaire de l'article 177 du traité CEE à l'usage des juges et des justiciables français, Thèse Paris, 1964.

Cottinis, M : La CEE et les règles de la concurrence, Thèse Paris, 1964.

Danet, D : La nature juridictionnelle du Conseil de la concurrence, Thèse Rennes I, 1990

Duchosal, D : Les droits de la défense en droit communautaire (procédure de concurrence), Thèse Paris II, 1993.

Gruninger, H C: Réflexions sur la dualité des ordres juridiques communautaires et nationaux en matière de concurrence, Thèse Paris, 1970.

Guillemin, J F : les objectifs et les réalisations du droit français de la concurrence face au défi de la libération des prix, Thèse Paris II, 1986.

Maillot, D : La place du principe de la liberté du commerce et de l'industrie en droit administratif français, Thèse Paris, 1964.

Molfessis, N : Le Conseil constitutionnel et le droit privé, Thèse Paris II, 1994.

Loy, O : La mise en oeuvre du droit de la concurrence dans la CEE : règles applicables aux entreprises, Thèse, 1967.

Panayotopoulos, T : La qualification d'une entente aux fins d'une application du droit communautaire, Thèse paris II, 1987.

Pliakos, A : Les droits de la défense dans la mise en oeuvre de la procédure du droit de la concurrence par la commission des Communautés européennes. Thèse Strasbourg III. 1985.

Prieur, J : L'administration et la répression des infractions économiques et fiscales. Réflexions sur la séparation des pouvoirs à l'épreuve du droit pénal économique. Thèse Caen. 1981.

Sanson, M A : Le droit européen de la concurrence. Recherche d'une nouvelle sécurité juridique. Thèse Paris II. 1976.

Tasso, G : L'adaptation de l'administration à la politique économique. L'exemple de la politique de contrôle des prix et de la concurrence.

Vaisamruat, P : Le juge administratif et la jurisprudence administrative française en matière d'interventionnisme économique. Thèse Paris II, 1981.

ENCYCLOPEDIES

Dictionnaire du marché commun, Tome II, Chapitre "Concurrence",
Juridictionnaire Joly.

Dictionnaire permanent de droit des affaires, Chapitre "Enquêtes de
concurrence- Communautés européennes, Ententes, positions dominantes,
concentration-communautés européennes et France, Conseil de la concurrence."

Encyclopédie juridique Dalloz, répertoire de droit commercial, chapitre "prix,
économie générale, prix infractions".

Jurisclasseur Concurrence et Consommation, 1° vol annexé au Jurisclasseur
Commercial.

Composée de Mlle Sophie Muyard, MM. Louis Vogel, Laurent Schwartz, Jean-Pierre Weiss, Philippe Jouary, cette sous-équipe se propose d'analyser les manifestations de pouvoir en droit communautaire de la concurrence. Il s'agit plus particulièrement, après avoir mesuré l'éclatement des sources normatives dans ce domaine, de définir les rapports existant entre elles.

L'étude a consisté dans une analyse des décisions les plus importantes de la Cour de justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance depuis 1986 ainsi que de la doctrine universitaire majeure s'y rapportant ; ont donc été étudiés une cinquantaine d'arrêts et une quinzaine de commentaires doctrinaux. Une base informatique de documentation composée de résumés des documents, de l'exposé des notions-clés et de leur place dans la problématique générale des pouvoirs normatifs en jeu dans le droit communautaire de la concurrence a ainsi été constituée.

Le résultat essentiel de l'analyse réside dans l'observation d'une double relation, de complémentarité ou de conflit, entre les différentes institutions chargées de la mise en oeuvre du droit communautaire de la concurrence.

I - DUALITE DES RELATIONS DE COMPLEMENTARITE

Des relations de complémentarité existent entre institutions communautaires (Commission - Cour de justice) et entre celles-ci et certaines autorités nationales. De fait, la plupart des règles du droit communautaire de la concurrence sont directement applicables, c'est-à-dire qu'elles peuvent être invoquées directement par les particuliers devant leurs juges nationaux.

La répartition des rôles entre pouvoirs normatifs dans le domaine de la concurrence s'effectue donc sur deux plans : elle se réalise horizontalement entre institutions communautaires et verticalement entre institutions communautaires et autorités nationales.

A - Relations de complémentarité horizontales entre institutions communautaires

On observe une certaine division du travail entre les différents organes de contrôle lors de la mise en oeuvre de celui-ci. Animée par un souci d'efficacité, la Commission propose sans cesse au juge de nouvelles doctrines d'intervention. Mais celui-ci (Cour de justice, Tribunal de première instance), s'il les reçoit parfois, les tempère le plus souvent afin d'assurer la sécurité juridique des entreprises et de garantir les droits de la défense.

Cette situation est illustrée par les décisions récentes rendues à propos du secteur du polypropylène (TPI, 24 octobre 1991, aff. T-2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15/89). Dans cette affaire, les autorités communautaires ont retenu une conception élargie de l'entente leur permettant d'accentuer très sensiblement l'efficacité de leur contrôle. Aux entreprises qui soutenaient qu'une pratique concertée requiert nécessairement l'adoption effective d'un comportement coordonné sur le marché, la Commission et la Cour répondent qu'une telle pratique est constituée dès lors que la concertation a eu pour objet d'influencer le comportement des autres participants ou de dévoiler le comportement qu'une entreprise envisage d'adopter sur le marché. Il en résulte que la seule participation à une réunion ayant pour objet la fixation d'objectifs de prix et de volumes de ventes, suffit à réaliser l'entente sans qu'il soit nécessaire que les entreprises aient effectivement mis en oeuvre des comportements concertés sur le marché.

Au-delà, les autorités communautaires considèrent qu'il est indifférent de distinguer entre les différentes formes que peut revêtir une entente au sens de l'article 85 du Traité de Rome.

Le Tribunal de première instance, confirmant la décision de la Commission, décide qu'en cas de succession d'accords et de pratiques concertées entre les mêmes parties, il y a une infraction unique caractérisée par son but - éliminer l'incertitude relative au comportement futur des concurrents - et son objet. Il donne, de cette manière, une nouvelle dimension à l'article 85. Dès lors qu'une entreprise se livre à de nombreux agissements anticoncurrentiels sur une longue période, il est inutile de distinguer les actions constituant des accords de celles caractéristiques de pratiques concertées; le tout forme une infraction unique et complexe que sanctionne l'article 85 paragraphe 1.

Le rôle joué par le juge communautaire dans la garantie des droits de la défense est marquant dans cinq arrêts fondamentaux rendus en 1989 (CJCE 18 octobre 1989, aff. 27/88, Solvay ; aff. 374/87, Orkem ; 21 octobre 1989, aff. 46/87 et 227/88 Hoechst ; 17 octobre 1989, aff. 85/87, Dow Benelux ; aff. 97 à 99/87, Dow Chemical Iberica). Sans aller jusqu'à reconnaître aux entreprises un "véritable droit au silence", la Cour déclare dans ces arrêts que "la Commission ne saurait imposer à l'entreprise l'obligation de fournir des réponses par lesquelles celle-ci serait amenée à admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve".

B - Relations de complémentarité verticales entre institutions communautaires et autorités nationales

Les relations de complémentarité verticales apparaissent lorsque les autorités nationales jouent le rôle de juge communautaire c'est-à-dire lorsqu'elles sont appelées à appliquer une règle communautaire. Le Traité de Rome prévoit lui-même un certain nombre de mécanismes de coordination. Ainsi, un très grand nombre de décisions analysées ont été rendues sur le fondement de l'article 177. L'arrêt rendu par le Tribunal de première instance le 10 juillet 1971 (Radio Telefis Eirann (RTE), aff. 69/89) fournit un bon exemple de la méthode du juge qui, sans remettre en cause le rôle opérationnel des droits nationaux, fixe à ceux-ci des limites de plus en plus précises. Le Tribunal de première instance décide dans cet arrêt qu'un droit d'auteur national ne peut servir qu'à assurer la protection morale de l'oeuvre et la rémunération de l'effort créateur. A partir du moment où un autre but est poursuivi, comme celui de maintenir une situation de monopole, son exploitation est en infraction avec l'article 86.

L'article 177 du Traité de Rome autorise et parfois même oblige les juridictions nationales à interroger la Cour de justice sur l'interprétation ou la validité de la règle communautaire. Les autorités communautaires semblent toutefois reconnaître aujourd'hui une plus grande indépendance aux autorités nationales dans la mise en oeuvre du droit communautaire. On peut voir dans l'arrêt Stergios Delimitis (CJCE 28 février 1991, aff. 234/89) une illustration du principe de subsidiarité expressément mentionné à l'article 3B du Traité de Maastricht qui implique de ne traiter au centre que les questions essentielles et de rejeter à la périphérie celles qui paraissent moins importantes. Cet arrêt, réaffirme que la

Commission ne dispose d'aucune compétence exclusive pour l'application des articles 85 et 86 : elle la partage avec les juridictions nationales. Lorsqu'une juridiction nationale estime qu'un accord notifié à la Commission est susceptible de bénéficier d'une exemption, elle peut surseoir à statuer ou prendre des mesures provisoires. En cas de doute, elle pourra soit consulter la Commission soit poser une question préjudicielle.

II - DUALITE DES SITUATIONS DE CONFLIT

Les situations de conflit opposent les Etats aux institutions communautaires. Le transfert de compétences des Etats membres à la Communauté que réalise le Traité de Rome n'a été que partiel et n'a pas privé les premiers de tout pouvoir propre en matière de concurrence. La volonté des Etats membres de sauvegarder cette sphère de compétence autonome explique largement les conflits de pouvoirs opposant les Etats et les autorités communautaires dans l'application du droit communautaire lui-même. A ces conflits internes se substituent des conflits externes lorsque les comportements anticoncurrentiels affectant le Marché commun émanent d'entreprises situées à l'extérieur de celui-ci.

A - Conflits externes entre institutions communautaires et Etats tiers

Les conflits externes se manifestent lors de l'application extraterritoriale du droit de la concurrence. On admet traditionnellement que le droit communautaire de la concurrence peut être appliqué à des entreprises situées dans des Etats tiers dès lors que les effets de leur comportement se manifestent dans le Marché commun. La doctrine de l'"effet" peut ainsi conduire les autorités communautaires à ordonner des mesures d'instruction, à adresser des injonctions et à prononcer des sanctions à l'égard d'entreprises extérieures à la CEE. Les Etats étrangers sont généralement très hostiles à ce qu'ils considèrent comme atteinte à leur souveraineté. Ils réagissent à cette immixtion dans leur ordre juridique notamment en édictant des lois dites de blocage tendant à interdire à leurs ressortissants d'obtempérer aux mesures d'instruction ou aux injonctions étrangères.

Jusqu'à présent, la Cour de justice avait soigneusement évité de prendre parti sur le bien-fondé de la théorie de l'effet en s'efforçant dans l'ensemble de ses décisions mettant en cause des entreprises étrangères, de localiser non seulement

les effets mais aussi le fait générateur sur le territoire communautaire. Elle y parvenait en particulier en attribuant le comportement restrictif à la filiale située dans le Marché commun et en l'imputant ensuite à la société mère étrangère. Dans l'affaire Pâte de bois (CJCE 27 septembre 1988, aff. 89, 104, 114, 116, 117, 125, 126, 127, 128, 129, 185/85), l'absence de filiale sur le territoire communautaire ne permettait pas l'utilisation de cette technique. Dans le but de renforcer la légitimité de son intervention à l'égard des entreprises extérieures, la Cour de justice élabore un nouveau critère d'applicabilité. Pour que le droit communautaire soit applicable, il ne suffit pas nécessaire que l'accord restrictif ait produit ses effets dans le CEE; il faut encore qu'il ait été mis en oeuvre dans le Marché commun.

B - Conflits internes entre institutions communautaires et Etats membres

Le juge communautaire a beaucoup contribué à accentuer le caractère intégrateur du droit européen. Saisie par la voie du recours en manquement (art. 169 et 170 du Traité) la Cour de justice statue en dernier ressort à la demande de la Commission ou d'un Etat membre pour constater qu'un Etat a manqué à l'une des obligations imposées par le Traité. Le renvoi préjudiciel prévu à l'article 177 permet d'assurer une application uniforme du droit communautaire. Plus généralement, la Cour dépasse les méthodes d'interprétation traditionnelles du juge international et recourt fréquemment à une interprétation téléologique dynamique qui lui permet d'élargir au maximum la compétence des autorités communautaires au détriment de celles des Etats-membres. Elle a ainsi institué un contrôle des concentrations non prévu par le Traité en se fondant "à la fois sur l'esprit, l'économie et les termes de l'article 86 compte tenu du système du traité et des finalités qui lui sont propres" avant même l'adoption du règlement communautaire sur le contrôle des concentrations (CJCE, 21 février 1973, Continental Can).

La résistance des Etats membres se manifeste en particulier en France à travers le développement de la théorie dite de l'"acte clair". Selon cette doctrine, qu'appliquent traditionnellement les juridictions internes, le juge devant qui une exception préjudicielle est soulevée n'est tenu de renvoyer à la juridiction compétente que s'il existe un doute sérieux sur le sens ou la validité de la disposition concernée. En revanche, si le sens de l'acte est clair, il peut l'appliquer immédiatement.

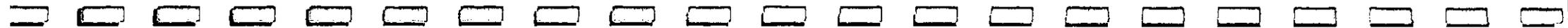
Selon la Cour de justice, les Etats membres doivent s'abstenir de mettre en péril l'effet utile des articles 85 et 86 du Traité bien qu'ils ne soient pas directement visés par ces dispositions. Ils ne sauraient donc édicter des mesures permettant aux entreprises privées de se soustraire aux contraintes imposées par le Traité de Rome (CJCE 10 janvier 1985, Leclerc-prix du livre, aff. 229/83 ; 29 janvier 1985, Leclerc-carburant, aff. 281-83 ; 30 avril 1986, Asjes - Nouvelles-frontières, aff. 209 à 213/84 ; 1er octobre 1987, ASBL Sociale Reisburaus, aff. 311/85 ; 11 avril 1989, Ahmed Saed, aff. 66/86). Un Etat manque ainsi à son obligation lorsqu'il impose ou favorise la conclusion d'une entente ou en renforce les effets (CJCE 3 décembre 1987, BNIC c. Aubert, aff. 136/96 ; 1er octobre 1987, précité). Il en va de même lorsqu'une législation nationale rend inutile des comportements contraires aux articles 85 et 86 (CJCE 10 janvier et 29 janvier 1985, précités).

° °

LABORATOIRE DE SOCIOLOGIE JURIDIQUE
UNIVERSITE PANTHÉON-ASSAS (PARIS II) - C.N.R.S.
URA 971

83 bis, rue Notre-Dame-des-Champs
75006 Paris
tél. 44.41.59.31 ; 44.41.59.32 ; 40.46.81.64
fax 40.51.01.14

ENTRETIENS



LABORATOIRE DE SOCIOLOGIE JURIDIQUE
UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS (PARIS II) - C.N.R.S.

83 bis, rue Notre Dame des Champs
75006 PARIS
Tél. 44.41.59.31 ; 44.41.59.32 ; 40.46.81.64
fax 40.51.01.14

Recherche
Les pouvoirs normatifs en jeu dans le droit de la concurrence
Entretien

Monsieur Babusiaux
directeur de la DGCCRF

Entretien mené le 24 février 1994, en présence de Madame le Professeur Marie-Anne Frison-Roche et de Madame Geneviève de Lapasse.

En matière de droit de la concurrence les choses me paraissent très claires. Le Conseil de la concurrence et nous-même agissons sur des plans différents. Le Conseil est une quasi-juridiction, collégiale, de décision et de sanction, qui établit sa jurisprudence. Il s'exprime par sa jurisprudence, par ses décisions contre des ententes et des abus de position dominante, et par son rapport annuel.

Nous, nous sommes une administration qui préparons les textes, menons l'enquête et intervenons devant le Conseil ou la Cour d'appel pour faire valoir l'intérêt général. Nous n'avons pas le pouvoir de sanction. Cette séparation des fonctions est une garantie pour les droits de la défense.

Nous intervenons aussi contre les pratiques déloyales (titre IV) ; les domaines sont extrêmement différents, mais il y a, là aussi, une séparation des fonctions entre les tribunaux et nous.

- 1° Quels sont, selon vous, les avantages du droit de la concurrence ?
- 2° Quels sont, selon vous, les inconvénients du droit de la concurrence ?
- 3° Quels phénomènes, selon vous, sont à l'origine de ces avantages et de ces inconvénients ?

Il faut un droit de la concurrence, en France comme dans les autres grands Etats développés et le droit de la concurrence, c'est le droit du marché, c'est-à-dire la traduction juridique des mécanismes de régulation du marché. Nous pensons que la concurrence doit être la plus ouverte possible, mais il doit y avoir des règles du jeu et cela d'autant plus que le marché est plus ouvert.. Dès lors qu'en France, on s'est efforcé d'ouvrir le marché, il y a eu d'une façon concomitante création du marché et une loi pour poser des règles et sanctionner leur violation (la loi Le Chapelier proscrit l'entente et en fait un délit).

Je ne vois pas d'inconvénient à un droit de la concurrence, par rapport à une économie administrée ou dirigée, ou à un système de monopoles. Par rapport à eux, un droit de la concurrence me paraît ce qui a été conçu de mieux, et ce

n'est pas un hasard si les économies les plus développées l'ont adopté.

4° Quelle serait, selon vous, l'évolution souhaitable du droit de la concurrence ?

5° Quelle serait, selon vous, l'évolution possible du droit de la concurrence ?

Ce qui est important, c'est la stabilité du droit de la concurrence. Un élément extrêmement important, c'est la permanence. Le droit de la concurrence se propose un effet structurel sur l'économie et il ne peut être modifié selon les circonstances (quand l'économie va mal ou va bien). Le droit doit couvrir divers types de situations économiques. Il faut que les entreprises aient des repères clairs et durables sur les règles du jeu.

6° La concurrence relève-t-elle de la matière juridique, de la matière économique ou des deux ?

L'objet du droit de la concurrence est de traduire de la manière la plus générale et la plus simple des principes de fonctionnement et de régulation du marché, traduisant des principes économiques fondamentaux. Le premier est le libre accès au marché. Il faut faire en sorte que chacun puisse accéder au marché, librement, et puisse se comporter avec un maximum de liberté. Ce principe de libre accès explique la prohibition de l'abus de position dominante par lequel les entreprises déjà installées essaient d'empêcher l'arrivée des nouvelles entreprises ou de les évincer. Au niveau de la politique générale, il faut ouvrir les marchés en monopole pour y introduire le principe du libre accès, que ce soit des monopoles publics de droit ou que ce soit des monopoles privés (d'où par exemple les lois qui, en 1992, ont aboli le monopole des pompes funèbres et institué une mise en concurrence pour les délégations de service public). Nous sommes en charge de la politique de la concurrence, ce qui nous différencie, nous, organe du pouvoir exécutif, chargé de proposer une politique au Gouvernement et de la mise en oeuvre de cette politique, du Conseil de la Concurrence dont la fonction se rapproche de celle d'un organe juridictionnel qui applique un droit. Nous ne sommes pas comme la DG IV à Bruxelles qui a à la fois le rôle d'administration, d'enquête et d'organe de sanction.

7° Si vous estimez qu'elle relève des deux matières, sont-elles, selon vous, d'égale importance ?

L'incorporation de la notion de marché en droit ne pose pas de problèmes, car la principale question est en fait économique : quels sont les contours exacts du marché, en appliquant notamment le critère de la substituabilité des biens.

Le fait que ce soient des juges qui le font ne pose pas de problèmes, car les juges ont l'habitude de traiter les problèmes économiques. Les Tribunaux ont toujours eu compétence pour appliquer la notion d'entente sur le marché. Même après la loi de 1977, il y avait le pouvoir de décision du Ministre après l'avis de la Commission de la Concurrence mais le juge avait sa propre compétence pour prononcer la nullité de clauses anti-concurrentielles et accorder des dommages-intérêts.

Cela dit, c'est justement parce que ce problème mérite un examen particulier que nous avons créé le Conseil de la Concurrence qui peut faire bénéficier de son expertise le judiciaire. La Cour de Cassation examine la régularité de la procédure, et c'est ce qu'elle a fait dans l'affaire France Loisirs. Elle n'a pas défini elle-même le marché. En revanche, elle a relevé que la Cour d'Appel, juge du fond, n'avait pas assez précisé les raisons pour lesquelles elle avait défini le marché comme elle l'avait fait.

8° Selon vous, l'une prévaut-elle sur l'autre, ou devrait-elle prévaloir sur l'autre ?

Il n'est pas question de savoir si le droit ou l'économie doit prévaloir. Ces deux domaines se situent chacun à des niveaux différents. Dans chaque affaire il faut faire l'analyse d'une situation économique pour déterminer si les critères juridiques sont ou non respectés. Le propre du droit de la concurrence, c'est de vérifier si les critères économiques de la situation de droit sont justifiés.

9° Quelles sont les branches du droit qui vous semblent surtout concernées par le droit de la concurrence ?

10° Plus particulièrement, que pensez-vous des rapports que le droit public et le droit privé entretiennent en matière de concurrence ?

C'est une question typiquement française qui devient ainsi assez exotique dans le monde économique actuel. La vraie dimension, c'est une dimension internationale du droit de la concurrence et dans cette perspective, la distinction proprement française perdra de l'importance qu'on peut aujourd'hui lui accorder.

Le propre de l'ordonnance de 1986, c'est d'essayer d'utiliser un certain nombre de concepts qui viennent des deux droits. Quant au problème particulier de l'applicabilité du droit de la concurrence aux personnes publiques lorsque nous avons rédigé l'ordonnance, nous visions à placer entreprises publiques et privées sur un pied d'égalité.

11° A cet égard, que pensez-vous du transfert de compétence que la loi de 1987 a opéré, concernant l'examen des recours formés contre les décisions du Conseil de la Concurrence, du Conseil d'Etat à la Cour d'Appel de Paris ?

C'était une très bonne chose. Il faut rappeler que dans le projet préparé par nous pour l'ordonnance, nous avions prévu l'examen par la Cour d'Appel et c'est ultérieurement que le Conseil d'Etat y a été substitué. Nous voulions fondamentalement l'unicité de la jurisprudence. Or, nous observions que les juridictions judiciaires avaient compétence pour les articles 85-86 du Traité de Rome, pour les actions en nullité de l'article 9, pour l'octroi de dommages-intérêts et pour la sanction des pratiques déloyales définies au titre IV de l'ordonnance. Il aurait été fâcheux que le contentieux en matière de concurrence relève de deux instances différentes.

12° A cet égard, pensez-vous que le Conseil de la Concurrence est un organe administratif, un organe juridictionnel ou un organe justifiant une qualification nouvelle ?

L'ancienne Commission de la Concurrence s'était qualifiée d'autorité administrative indépendante et cette qualification avait été consacrée par la loi du 30/12/85. De même, le Conseil Constitutionnel a considéré que le Conseil est un organisme non-juridictionnel. La Cour de Justice dans une affaire en matière de concurrence a estimé que les organes qui rendent des décisions en matière de concurrence ne peuvent qu'être de nature juridictionnelle. Cela a été dit aussi par la Cour européenne des droits de l'homme. Le Conseil de la Concurrence présente beaucoup de caractères d'une juridiction: contradictoire, collégialité, sanction, indépendance. En revanche, il y a un élément qui n'est pas celui d'une juridiction : c'est le fait qu'il peut formuler des observations devant la Cour d'Appel de Paris. Cela ne pourrait pas être le cas d'une juridiction. En effet, une juridiction épuise sa compétence dans sa décision. Elle ne soutient pas une thèse. Elle n'est pas un procureur. Elle ne doit donc pas défendre sa décision. Le Conseil de la Concurrence a d'ailleurs été très prudent dans l'exercice de son droit à observation et s'est généralement limité à des observations de fait. Cette prudence est de bon sens car le Conseil n'est pas la justice poursuivant le crime.

13° A cet égard, pensez-vous que la Cour d'Appel de Paris, lorsqu'elle statue sur les recours formés contre les décisions rendues par le Conseil de la Concurrence, statue comme une juridiction ordinaire de l'ordre judiciaire, ou pensez-vous qu'elle constitue alors une juridiction spécifique ?

La Cour d'Appel de Paris, devant laquelle on forme un recours et non un appel, serait un premier niveau de juridiction. Il y a une cohérence d'ensemble du raisonnement : soit le Conseil est une juridiction, et la Cour d'Appel peut être une instance d'appel ; soit il ne l'est pas et la Cour est le premier niveau de juridiction. La jurisprudence ne s'est jamais vraiment prononcée sur ce point. Nous avons fait valoir, pour notre part, que le Conseil présente beaucoup de caractéristiques d'une juridiction mais pas toutes et c'est pourquoi, en tenant compte de l'avis du Conseil Constitutionnel et de ce qui a été dit par le Conseil, nous avons pu considérer que la Cour d'Appel constitue un premier degré.

La Cour de Cassation, dans son rapport 1993, a pu sembler considérer que le Conseil était une juridiction ou souhaiter qu'il en soit une puisqu'il a demandé que les textes soient modifiés pour que le rapporteur n'assiste plus au délibéré du Conseil. Mais en l'état des textes et de la jurisprudence la Cour d'Appel est le premier degré de juridiction.

14° Que pensez-vous des rapports que le droit interne et le droit communautaire entretiennent en matière de concurrence ?

Nous avons compétence pour appliquer pleinement le droit communautaire de la concurrence. La loi de décembre 1992 l'explique.

Est le principe du double degré de jur?

Les autorités nationales ont une vocation de droit commun pour appliquer le droit communautaire et Bruxelles s'en occupe par exception lorsqu'il y a un caractère inter pays manifeste ou, en l'état actuel du règlement 17-62, lorsqu'il y a matière à exemption (article 85-3). Il y a une composante forte de subsidiarité, d'autant plus opportune et nécessaire que l'Europe s'étend. Nous avons proposé à Bruxelles une réflexion commune sur l'application du principe de subsidiarité. Cela ne nous pose pas de problème. Si le Conseil de la Concurrence avait une difficulté d'interprétation des articles 85 et 86, il pourrait faire un recours en interprétation. Dans l'hypothèse d'une interprofession agricole, - domaine où existe un monopole d'interprétation de la Commission -, nous avons demandé à la Commission son interprétation du règlement. D'abord, il y a intégration du droit, et l'on ne peut vraiment distinguer le droit communautaire et le droit interne, puisque le droit communautaire est aussi interne. Ensuite la question préjudicielle permet l'unité de jurisprudence. Enfin, il y a des contacts permanents entre Bruxelles, nous et les autres Etats.

15° Que pensez-vous des rapports que le droit commun et le droit spécial de la concurrence entretiennent en la matière ?

Il n'y a pas de distinction tout à fait nette puisqu'une pratique anti-concurrentielle engage la responsabilité de son auteur sur la base de l'article 1382 du Code Civil. Il y a de nombreuses affaires de ce type, les entreprises demandant réparation du dommage causé par l'entente ou l'abus de position dominante, sans même que le Conseil de la Concurrence ne soit intervenu. Le juge judiciaire est le juge de droit commun de la concurrence. Simplement, en plus, il doit y avoir une surveillance du marché et le contrôle des autorités de la concurrence vient alors s'exercer. La question de l'intervention de l'administration sur certains éléments de la concurrence s'éclaire par les propos précédents. Il y a des rapports de concurrence où des entreprises sont victimes d'agissements, mais vont devant le juge civil, et il peut être intéressant que ce dernier puisse disposer de moyens d'expertise et de preuve.

J'observe aussi qu'en cas de recours devant la Cour d'Appel de Paris contre des décisions du Conseil, le nouveau code de procédure civile s'applique sous réserve des dispositions spécifiques du décret de 1987.

16° Quelle formation souhaiteriez-vous pour les personnes appelées à pratiquer ce droit ?

Evidemment, il faudrait une formation à la fois économique et juridique. La DGCCRF reçoit chaque année depuis 1992, un stagiaire de l'ENM. Il y a peu d'enseignements du droit de la concurrence. Alors qu'il y en a beaucoup à Bruxelles ou en Allemagne. Il faudrait enseigner le droit de la concurrence à l'ENA. Les magistrats de la Cour d'Appel de Paris ont eu beaucoup le souci de se former et ont été très attentifs ; il n'est donc besoin de proposer des conseillers en service extraordinaire. D'ailleurs, les magistrats s'appuient sur le travail fait en amont par la DGCCRF et le Conseil de la Concurrence. Le juge peut aussi demander l'expertise de la DGCCRF.

17° Estimez-vous que la formation que vous avez vous-même reçue vous a suffisamment et complètement préparé ?

J'ai eu la chance de faire un peu de droit et d'économie (magistrat d'origine). Cour des Comptes. Ministères économiques, successivement Equipement, Industrie puis Economie. Mais mon cas est particulier. J'ai eu aussi la chance de participer à la confection même de ce droit.

18° Une formation initiale vous paraît-elle suffisante ou une formation permanente vous paraît-elle nécessaire ?

Il faut une formation permanente puisque c'est un droit jurisprudentiel et nous l'assurons pour nos agents.

Nous allons aussi organiser des "ateliers de réflexion sur la concurrence" sur des sujets concrets, avec des universitaires, des magistrats, des économistes, des juristes d'entreprise.

19° Des contacts avec des personnes de formation différente vous paraissent-ils inutiles, utiles ou nécessaires ?

20° Eprouvez-vous des difficultés de relation avec les autres pôles de régulation de la concurrence ?

Il faut avoir des relations dans le respect du rôle de chacun et de son indépendance. Le Conseil est bien sûr totalement indépendant. Nous sommes à sa disposition et à celle de la Cour d'Appel pour leur fournir nos enquêtes, expertises, réflexions, mais nous devons être totalement respectueux de leur indépendance. Dès lors qu'on est soucieux du métier de chacun, on n'a pas de problème de relations. Je n'ai jamais ressenti de problème de relations ni avec le Conseil ni avec la Cour.

21° Avez-vous trouvé des difficultés de coordination entre ces pôles ?

22° Trouvez-vous que les relations entre les pôles sont simples, complexes ou trop complexes ?

Le mot de "coordination" n'est pas exact car on ne doit pas "coordonner" la Cour de Cassation et la DGCCRF ; chacun est à son niveau.

Avec Bruxelles nous avons souvent des débats de doctrine, notamment quand les sujets sont récents comme la position dominante collective. J'ai ainsi formé un recours en matière de concentration dans l'affaire de la Potasse il y a quelques jours, notamment pour éclaircir ce problème. Mais il y a de toute façon une grande unité de la "famille de la concurrence". Peut-on parler d'une "internationale de la concurrence", ou "d'une famille des cartels" ? En tout cas la réalité est la coopération.

23° Avez-vous déjà été confronté à des situations de conflits entre les pôles de régulation ?

24° Avez-vous déjà été confronté à des situations de blocages entre les pôles de régulation ?

Je n'ai pas l'impression de situations de blocage. Il y a une difficulté qui est le contrôle des pouvoirs d'enquête de la DGCCRF par la Cour de Cassation. Une modification de jurisprudence peut annuler beaucoup d'enquêtes d'une façon rétroactive et donc permettre la prolongation de pratiques anti-concurrentielles. Sur le fond, il y a eu une phase très rapide d'ajustement après 1986 et l'on peut même dire que cela a remarquablement fonctionné. La Cour d'Appel et la Cour de Cassation ont fort bien calé la jurisprudence sur les points principaux.

25° Quelle finalité donnez-vous au droit de la concurrence ?

C'est la démocratie. Il n'y a pas de démocratie sans la concurrence. Quand il y a un monopole ou un oligopole restreint et puissant, il y a exercice d'une influence excessive sur le pouvoir politique et donc menace pour le fonctionnement normal de la démocratie. Que la loi Le Chapelier ait été l'un des premiers textes de la révolution n'est pas une coïncidence : on fondait dans le même temps la démocratie et la concurrence.



83 bis, rue Notre-Dame-des-Champs
75006 Paris
tél. 44.41.59.31 ; 44.41.59.32 ; 40.46.81.64
fax 40.51.01.14

RECHERCHE
LES POUVOIRS NORMATIFS EN JEU DANS LE DROIT DE LA CONCURRENCE
Entretien

Maître Michel BAZEX

Entretien mené le 28 janvier 1993, en présence de Madame le Professeur Marie-Anne FRISON-ROCHE et de Monsieur Emmanuel GALISTIN.

Je voudrais dire d'une façon préalable que le droit de la concurrence est une matière de droit privé, de droit commercial. Si les publicistes s'en préoccupent, c'est parce qu'un terrain juridique nouveau s'offre à eux.

1°. Quels sont, selon vous, les avantages du droit de la concurrence?

L'avantage du droit de la concurrence, c'est son réalisme, en tant que ce droit touche à la réalité des choses. Ce qui est intéressant, c'est qu'il touche les matières très concrètes de la vie. Il a cela en commun avec le droit commercial. Le droit de la concurrence a pour but de protéger le bon fonctionnement des règles du marché.

2°. Quels sont, selon vous, les inconvénients du droit de la concurrence?

Le droit de la concurrence repose largement sur des questions de faits. Les concepts sont assez simples, mais leur application dépend entièrement de données de fait très difficile à maîtriser. Tel facteur sera plus sensible à un juge ou à un autre. Sur le terrain, il est très difficile de donner des consultations précises, car on ne sait pas quelle pondération donner à tel ou tel élément par rapport aux autres. Ainsi, on peut citer la décision du Conseil de la concurrence sur l'affaire "France Loisir", où l'on mesure l'importance de l'appréciation des faits. Comment le conseil peut être assuré de la bonne application des faits? L'analyse économique des faits, du marché, etc., est très peu sûre. Le droit de la concurrence est difficilement prévisible. Il faudrait sans doute que les économistes travaillent aussi sur les dossiers avec les juristes. Quand la jurisprudence aura construit le droit et ses notions, alors il y aura plus de sécurité juridique. Ce sera sans doute la tâche du Conseil de la Concurrence et de la Cour d'appel de Paris.

3°. Quels phénomènes, selon vous, sont à l'origine de ces avantages et de ces inconvénients?
Cela vient du fait que la matière est économique. Associé à la jeunesse du droit, cela engendre les inconvénient d'imprévisibilité que l'on voit.

4°. Quelle serait, selon vous, l'évolution souhaitable du droit de la concurrence?

Il faut plus de sécurité juridique.

5°. Quelle serait, selon vous, l'évolution possible du droit de la concurrence?

Cette évolution souhaitable vers plus de sécurité est possible grâce à l'activité de la pratique et de la jurisprudence, un peu comme le fait la Commission des Communautés Européennes. Sous le contrôle du juge son action est systématique et c'est un tableau d'ensemble méthodique qui se dégage.

6°. La concurrence relève-t-elle, selon vous, de la matière juridique, de la matière économique, ou des deux?

C'est une matière économique à la base. Les juristes sont à la traîne. Le droit étant un concept secondaire en la matière, cette hiérarchie est un fait inévitable.

7°. Si vous estimez qu'elle relève des deux matières, sont-elles, selon vous, d'égale importance?

8°. Selon vous, l'une prévaut-elle sur l'autre, ou devrait prévaloir sur l'autre?

Le droit est périphérique. Il ne constitue que la forme. C'est un droit qui se caractérise par ses effets, donc il a vocation à régir tout phénomène social.

Ainsi la preuve des comportements serait de nature économique. Mais le droit persiste notamment dans sa dimension procédurale.

9°. Quelles sont les branches du droit qui vous semblent surtout concernées par le droit de la concurrence?

Toutes ont vocation *a priori* à connaître l'application du droit de la concurrence. C'est quantitativement l'activité économique qui est concernée, mais toute activité sociale également dès qu'elle a des conséquences sur le marché.

10°. Plus particulièrement, que pensez-vous des rapports que le droit public et le droit privé entretiennent en matière de concurrence?

Entre le droit privé et le droit public, il y a surtout un problème corporatiste. On ne peut bien aborder le droit de la concurrence que si l'on connaît bien le droit privé. Il est certes dommage d'ignorer le droit public, mais c'est moins grave. De toute façon, le plus important, ce sont les connaissances économiques.

11. A cet égard, que pensez-vous du transfert de compétence que la loi de 1987 a opéré, concernant l'examen des recours formés contre les décisions du Conseil de la concurrence, du Conseil d'Etat à la Cour d'appel de Paris?

Le transfert a été une bonne chose, car la Cour d'appel a démontré son efficacité. C'est un exemple remarquable d'adaptation. Certes, la concentration relève par nature de l'activité administrative. Mais les pratiques anticoncurrentielles relèvent plutôt de la répression, ce qui justifie l'intervention des

21°. Eprouvez-vous des difficultés de relation avec les autres pôles de régulation de la concurrence?

22°. Avez-vous éprouvé des difficultés de coordination entre ces pôles?

23°. Trouvez-vous que les relations entre les pôles sont simples, complexes, trop complexes?

24°. Avez-vous déjà été confronté à des situations de conflits entre les pôles de régulation?

25°. Avez-vous déjà été confronté à des situations de blocages entre les pôles de régulation?

Pour les praticiens, les rapports sont quelquefois difficiles car on peut être ballotté entre le Conseil et les tribunaux administratifs. D'ailleurs, le droit de la concurrence est mal connu par les tribunaux, et par les administrations. Il faudrait faire quelque chose dans ce sens, en ce qui concerne la formation des fonctionnaires et de certains magistrats (administratifs).

26°. Quelle finalité voyez-vous à la concurrence?

C'est la compétition. La compétition est un bien car la perspective d'un risque ou d'un échec aboutit à se remettre en cause sans cesse.

Le droit de la concurrence protège cette compétition dans cette mesure.

organes judiciaires.

12. A cet égard, pensez-vous que le Conseil de la concurrence est un organe administratif, un organe juridictionnel ou un organe justifiant une qualification nouvelle?

Le Conseil constitutionnel a résolu la question : c'est un organe administratif.

13. A cet égard, pensez-vous que la Cour d'appel de Paris, lorsqu'elle statue sur les recours formés contre les décisions rendues par le Conseil de la concurrence, statue comme une juridiction ordinaire de l'ordre judiciaire, ou pensez-vous qu'elle constitue alors une juridiction spécifique?

J'attends de lire l'article du Professeur Pierre DELVOLVÉ, à ce sujet...

14. Que pensez-vous des rapports que le droit interne et le droit communautaire entretiennent en matière de concurrence?

Il ne me choque pas qu'il y ait des différences entre les deux. On ne peut aligner l'un sur l'autre, car ils ne raisonnent pas à la même échelle.

15. Que pensez-vous des rapports que le droit pénal et le droit non-pénal entretiennent en matière de concurrence?

C'est très bien qu'il y ait une dépénalisation : cela permet au droit de s'appliquer d'une façon plus normale, moins grave et plus fréquente.

Le droit de la concurrence a vocation à régir tout rapport social. C'est un fait. Ainsi, le droit des obligations, le droit public, le droit du travail, etc. Cela déstabilise complètement le droit, mais c'est inévitable. Cela peut aussi avoir des conséquences sociales néfastes. Il ne fallait pas signer le Traité de Rome, si on ne le voulait pas.

17. Quelle formation souhaiteriez-vous pour les personnes appelées à pratiquer ce droit?

Il faudrait une formation économique. Elle serait essentielle. Bien sûr, la formation juridique serait bienvenue.

18°. Estimez-vous que la formation que vous avez vous-même reçue vous a suffisamment et complètement préparé?

Non, car je suis publiciste et me suis spécialisé dès la troisième année : je n'ai pas fait de droit commercial. Je me considère comme infirme pour faire du droit de la concurrence.

19°. Une formation initiale vous paraît-elle suffisante ou une formation permanente vous paraît-elle nécessaire?

La formation permanente serait excellente. Ainsi, je vais aux colloques.

20°. Des contacts avec des personnes de formations différentes vous paraissent-ils inutiles, utiles ou nécessaires?

Ils sont bien sûr nécessaires. Je fréquente pour cela les experts-comptables et les privatistes. Je connais aussi quelques économistes. Mais le travail conjoint de juristes et économistes sur un dossier est souvent trop coûteux (pour le client). Les vrais contacts ont souvent lieu au sein de l'Université.

83^{bis}, rue Notre-Dame-des-Champs
75006 Paris
tél. 44.41.59.31; 44.41.59.32; 40.46.81.64
fax 40.51.01.14

RECHERCHE
LES POUVOIRS NORMATIFS EN JEU DANS LE DROIT DE LA CONCURRENCE
Entretien

Monsieur le Président Pierre BÉZARD

Entretien mené le 21 décembre 1992, en présence de Madame le Professeur Marie-Anne Frison-Roche et de Mademoiselle Murielle Brouillet.

Observations préalables de Monsieur le Président Pierre Bézard :

Le questionnaire est limité au domaine du droit de la concurrence. La question de la concurrence, au regard des organes, est assez semblable à celle de la Bourse, et la perspective pourrait être étendue aux deux matières. Il y a en effet aujourd'hui une nouvelle question de principe, très importante, liée aux relations de la justice face à ces autorités, qu'il s'agisse du Conseil de la concurrence, de la COB ou du C.B.V. Les réponses fournies ici étendront donc les réflexions sur les deux domaines qui sont, à cet égard, complémentaires. D'ailleurs, en matière de concurrence, je n'ai pas une approche de doctrine, contrairement aux questions sur les sociétés et la bourse. J'y répondrai comme un "juge". En outre, des affaires pendantes mettent en cause la question des relations du droit interne et du droit communautaire et, sur ces points, je préfère m'abstenir, en l'état, de donner mon opinion.

1°. Quels sont, selon vous, les avantages du droit de la concurrence?

Les avantages du droit de la concurrence peuvent être ainsi formulés: il établit la réglementation de rapports entre différents intérêts en cause. Il appartient au droit de fixer ces règles et cela s'impose d'autant plus qu'on se trouve dans une économie qui se veut de plus en plus libérale. Puisque, depuis 86, nous sommes engagés vers la liberté des prix, et la liberté de l'entreprise, l'autodiscipline et la réglementation s'imposent pour éviter les abus dans ce domaine comme dans d'autres. Dans un système de liberté, il ne doit pas y avoir de concurrence sauvage. C'est la même chose dans le droit des sociétés.

D'une façon générale, il faut respecter le dynamisme des entreprises et protéger le consommateur. Ainsi, dans les pays qui s'ouvrent au libéralisme, il faut expliquer à ceux qui conçoivent un droit nouveau qu'il n'y a pas moins d'Etat dans les économies libérales, mais que celui-ci a un rôle différent, il assure un droit de protection. Le droit de la concurrence est un droit de protection des consommateurs, pour la liberté des prix, des autres entreprises, pour éviter les monopoles, et éviter la perversion du système par l'accord de personnes plus astucieuses ou puissantes

que les autres. Le droit boursier est lui aussi un droit de protection, qui vise à fixer des règles entre des intervenants boursiers (OPA, cession de blocs de contrôle), déterminer une règle du jeu, claire et transparente, entre les combattants. Ce n'est pas le combat qui est critiquable car cela favorise les bonnes concentrations. Mais elles doivent se battre d'une façon claire, transparente et à armes égales. Il faut aussi que les petits intervenants, les épargnants, qui constituent une masse de l'ordre de 8 millions de francs ne soient pas lésés au profit des gros qui gagneraient à tous les coups. Cela conditionne la confiance de l'épargne, qui vient aussi de la moralisation du marché.

2°. Quels sont, selon vous, les inconvénients du droit de la concurrence?

3°. Quels phénomènes, selon vous, sont à l'origine de ces avantages et de ces inconvénients?

4°. Quelle serait, selon vous, l'évolution souhaitable du droit de la concurrence?

5°. Quelle serait, selon vous, l'évolution possible du droit de la concurrence?

Si l'équilibre est conservé entre le dynamisme et la protection, il n'y a pas d'inconvénients. Le risque est dans le développement de la réglementation, en poussant trop le juridisme, comme on a vu le faire en droit des sociétés. On a construit un droit à partir de constatations d'abus, ce qui a conduit à entasser des règles, contenues dans la loi de 1966. Ce droit est devenu étouffant et sans intérêt : il n'y a plus de protection dynamique. Il faudrait retrouver des nouvelles marques, simples et dynamiques. Le droit de la concurrence, droit récent et léger, ne doit pas tomber dans cette perversion d'entassement de réglementation. Certes, le Conseil de la concurrence ne tombe pas dans ce travers, travers auquel il est plus difficile à la COB, qui use largement de son pouvoir réglementaire, d'échapper. Il y a là un danger pour cette dernière matière. Il ne faut pas être trop juriste, contraignant, réglementaire ne serait-ce que par le fait des sanctions, trop sectionner les marchés, et gêner le droit de la concurrence. Il faut "laisser respirer les gens", et permettre à l'industrie européenne de se regrouper face à la concurrence internationale. Il s'agit d'une évolution possible, qui n'est pas souhaitable. Ce qui est convenable, c'est ce qui fonctionne à l'heure actuelle, à savoir un droit d'encadrement.

6°. La concurrence relève-t-elle, selon vous, de la matière juridique, de la matière économique, ou des deux?

7°. Si vous estimez qu'elle relève des deux matières, sont-elles, selon vous, d'égale importance?

8°. Selon vous, l'une prévaut-elle sur l'autre, ou devrait prévaloir sur l'autre?

J'ai vécu assez tôt le problème du droit économique, à la Chancellerie, vers 1966-67. A l'époque, le juridisme était partout. Cela s'explique pour les raisons suivantes. Il y avait une grande stabilité politique et le droit était triomphant. Les entreprises marchaient bien et le plein emploi satisfait. Le droit s'imposait. Le ministère de la justice était le ministère-clé: les juristes imposaient leur manière de voir et les économistes passaient sous leurs fourches caudines. Les entreprises riches passaient alors par perte et profit ce droit impérialiste. On vivait assez bien dans cette organisation lourde et contraignante. A partir de 1974, face aux crises économiques, il y a eu des problèmes très graves pour l'équilibre financier des entreprises et pour l'emploi. On a cherché alors à alléger ces règles, notamment en matière de constitution de société et d'augmentation de capital. Le ministère des finances commença à prendre la place

du ministère de la justice, allant à la réalité des choses et mettant de côté le juridisme face aux réalités de crise. Je crois certes que le droit est fondamental, mais il occupait à l'époque une place excessive ; il est ainsi très bien que les valeurs mobilières aient été soustraites au droit des sociétés. Le droit n'est qu'à l'appui de l'économie : d'abord, l'économie, parce que cela est la condition de la vitalité des entreprises, laquelle fait la force des pays, les entreprises devant librement développer leur action. Le droit ne doit que limiter les abus et non pas réglementer d'une façon trop rigide les comportements. La crise économique étant appelée à durer, il faut que le droit retrouve sa juste place: limiter des abus et non étouffer l'économie sous des pyramides de réglementation. Le droit doit être léger et efficace.

Il y a deux mondes, économique et juridique, qui ont du mal à se rencontrer. Puisque l'économique doit être prééminent, il s'impose certes, mais à partir du moment où ce sont des juristes qui interviennent, en cas de contentieux, il faut que ces deux mondes s'entendent. Cela constitue un problème majeur d'adaptation car ces deux mondes ont du mal à se rencontrer. Un temps, le monde juridique l'a emporté, et comme procureur-adjoint de Paris, en 1982, j'ai pu suivre des affaires de concurrence qui ont été soumises à la justice : cela s'est révélé alors difficile, pour des raisons de procédure et technique. Le droit était alors tentaculaire et avait pourtant de grandes faiblesses, notamment parce qu'il a besoin de preuves (impérialisme et faiblesse étaient ainsi associés).

On est donc arrivé à un système très différent : on alors quasiment évacué le droit, comme cela fut fait ultérieurement en matière de bourse. L'on a donc pris un autre système, avec l'efficacité économique comme objectif et moyen, et très peu de droit. Le fait économique a pris une importance considérable par rapport au droit. Cela a été un revirement considérable. Mais il demeure que les démarches de recherche économique en matière de concurrence sont sous le contrôle judiciaire. Lors de la conception des textes, on avait espéré peut-être que les recours seraient peu nombreux. Mais la réalité a été tout autre, car se sont développés des recours et s'est développé un droit de la concurrence à travers ces procédures : ainsi, le droit a imposé son rôle et retrouvé sa place, même si les magistrats sont en étroit contact avec les autorités de marché, ce qui est bien .

La Cour de cassation, longtemps occultée, a aussi trouvé sa place. Elle a ainsi cassé récemment une série de décisions. L'on s'aperçoit que l'on ne peut évacuer le juge et le droit. Le juge ne peut être absent et à partir du moment où, sur une réalité économique, des recours contestent les conditions juridiques de la sanction, le juge reprend sa place majeure, par la force des choses. Les économistes doivent, par cette même force des choses, traduire leur démarche et se faire comprendre des tribunaux ; s'ils ne passent pas le message clairement, ils seront sanctionnés. Les sanctions prises sur des considérations économiques sont certes légitimes mais elles doivent se faire comprendre du juge. Il doit y avoir un "effort de traduction".

Dans ce rapport entre juristes et économistes, à travers notamment les rapports entre des commissions et les organes de justice, il faut éviter toute déperdition de pouvoir : l'essentiel, c'est

d'avoir un droit efficace et des sanctions adaptées, faites par les uns ou les autres. Mais ces commissions doivent être contrôlées, parce qu'elles font, de fait ou de droit, des normes. Ainsi, c'est le conseil de la concurrence qui, par sa jurisprudence cumulée, construit les normes. Quel est alors le rôle du juge? C'est le problème fondamental qui se pose à l'heure actuelle. Le rôle de l'autorité judiciaire, il est certainement d'être attentif à la manière dont se déroulent les procédures devant ces autorités.

Il est certain que ce qui a beaucoup "piégé" le juge, dans les procédures classiques, c'est la multiplication des règles de protection des individus mise en cause devant lui (cf procédure devant les juges d'instruction). A la limite, toutes ces procédures de droit des affaires ont beaucoup de mal à être jugées, car il y a des problèmes de preuve difficiles à obtenir, en raison notamment de toutes cette série de règles de protection. C'est dans ces conditions qu'on a fait des organismes, certes plus experts en la matière, mais aussi dispensés de nombre de ces règles, ce qui leur permet d'aller vite. Ces organismes quasi-juridictionnels, équivalant à une première instance, se comportent comme une juridiction. L'allègement des protections des personnes mises en cause a fait leur force. Mais peut-on tout admettre ?

Il appartient aux autorités judiciaires de faire respecter le principe de contradictoire : c'est la première des fonctions des juges de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation, sauf d'ailleurs à encourir des sanctions de la France à l'échelle européenne. La Cour de cassation n'est pas toujours en très bonne position pour le faire, car la procédure est assez fortement avancée lorsqu'elle est saisie. Notamment, quand l'affaire apparaît au fond établie, c'est problématique de tout mettre à bas, et c'est une grande responsabilité pour le juge. Il s'agit d'un souci permanent. Il ne faut pas, non plus, imposer des règles trop rigides, car les règles ont été voulues souples; mais les règles essentielles, tenant au principe du contradictoire, doivent être respectées.

Ainsi, la Cour de cassation opère son contrôle sur les procédures et sur les sanctions, notamment dans leur motivation. Sur le fond du droit, la Cour de cassation est mal à l'aise, car nous sommes, en matière de concurrence, au niveau du fait. Cela relève donc de l'appréciation souveraine du juge du fond. Mais la Cour de Cassation contrôle la cohérence du raisonnement.

On est aussi amené à se poser la question suivante : est-ce que l'autorité judiciaire peut, au niveau du droit, quant à l'étendue et la portée du travail de l'autorité, revenir sur des définitions que celle-ci a établies ? S'y refuser, c'est admettre que ce soit l'organe de base qui fasse le droit, alors que la Cour de cassation n'aurait aucun rôle à jouer. Mais, par ailleurs, l'organe suprême peut-il contrôler les notions économiques, comme celle du marché? Il l'a fait par l'arrêt France Loisir. Cela a fait impression et cet arrêt a fait évoluer les pratiques, me semble-t-il.

9°. Quelles sont les branches du droit qui vous semblent surtout concernées par le droit de la concurrence?

10°. Plus particulièrement, que pensez-vous des rapports que le droit public et le droit privé entretiennent en matière de concurrence?

Quant à la distinction du droit privé et du droit public, le droit de la concurrence est si ambigu qu'il est difficile de le faire entrer dans une catégorie. Il semble évoluer vers le droit privé. D'ailleurs, l'organe tend à secréter son droit : ainsi, depuis

qu'on a donné compétence à l'organe judiciaire, on a provoqué une évolution vers le droit privé.

11. A cet égard, que pensez-vous du transfert de compétence que la loi de 1987 a opéré, concernant l'examen des recours formés contre les décisions du Conseil de la concurrence, du Conseil d'Etat à la Cour d'appel de Paris?

Quant au transfert de compétence entre le Conseil d'Etat et la Cour d'appel de Paris, cela s'imposait. Certes, d'une façon contingente le Conseil d'Etat avait du retard dans le règlement des dossiers, mais fondamentalement, cela était lié à l'évolution des choses. Le Conseil d'Etat était adapté lorsque la pression des pouvoirs publics sur l'économie était très forte. A partir du moment où l'économie est moins réglementée, il est normal que l'on rentre dans le cadre du droit privé. Si le rôle de l'Etat est en recul, c'est aux autorités judiciaires classiques d'intervenir. En outre, on a certes dépenalisé mais les organes judiciaires ont conservé ce domaine, même dépenalisé, sous un autre angle. Enfin, tout le droit des entreprises relève de l'autorité judiciaire classique. Il faut qu'il y ait une unité, il faut éviter les contradictions entre les contentieux.

13. A cet égard, pensez-vous que la Cour d'appel de Paris, lorsqu'elle statue sur les recours formés contre les décisions rendues par le Conseil de la concurrence, statue comme une juridiction ordinaire de l'ordre judiciaire, ou pensez-vous qu'elle constitue alors une juridiction spécifique?

La Cour d'appel de Paris est alors certes un organe spécifique mais les magistrats relevant d'un même corps, elle tend naturellement à se comporter comme un juge ordinaire. C'est d'ailleurs le nouveau Code de procédure civile qui s'applique aux recours en la matière, la Cour de Cassation en a jugé ainsi.

15. Que pensez-vous des rapports que le droit pénal et le droit non-pénal entretiennent en matière de concurrence?

Le droit pénal est aujourd'hui très largement occulté. Il est certain que les procédures prises par cet angle évoluaient mal et que la dépenalisation a permis un nouveau dynamisme du droit de la concurrence et des procédures. Le droit pénal est aujourd'hui limité à des hypothèses complexes et très difficiles à sanctionner. Le droit de la concurrence ne devait pas perdurer dans cette voie pénale. Le droit pénal doit être considéré comme une branche quasiment morte sur ce point.

Pour la COB, c'est différent, car elle transmet beaucoup d'affaires au parquet, et la tentation fût forte pour la COB de ne plus utiliser l'article 40. Mais les juristes ont été très vigilants et la COB a équilibré son action, prononçant quelques sanctions et envoyant les autres affaires au parquet.

16. Que pensez-vous des rapports que le droit commun et le droit spécial de la concurrence entretiennent en la matière?

Toutes les branches du droit sont impérialistes, et le droit de la concurrence n'y échappe pas. C'est une tendance d'ailleurs encouragée par les praticiens spécialisés. Il n'y a pas eu jusqu'ici de nombreux conflits. On évoquera l'affaire des "cuves de stations service". En la matière, on a considéré, - et les entreprises, l'ayant anticipé, avaient revu leur contrats -, que le droit de la concurrence l'emportait sur le droit des contrats. Mais il ne s'agit pas là d'une position de principe et le débat est ouvert. Il s'agissait ici de statuer sur une pratique commerciale, mais dans les autres matières comme le droit du travail ou le droit de la famille, il s'agit de valeurs très

fortes sur lesquelles le droit de la concurrence n'aurait sans doute pas prise.

17. Quelle formation souhaiteriez-vous pour les personnes appelées à pratiquer ce droit?

18°. Estimez-vous que la formation que vous avez vous-même reçue vous a suffisamment et complètement préparé?

19°. Une formation initiale vous paraît-elle suffisante ou une formation permanente vous paraît-elle nécessaire?

20°. Des contacts avec des personnes de formations différentes vous paraissent-ils inutiles, utiles ou nécessaires?

En ce qui concerne la formation, la force du Conseil de la concurrence est justement d'être composée de personnes ayant des formations très différentes. A son niveau, le recrutement diversifié est très profitable : il faut associer des gens de formation différente et des personnalités diverses. Il faut pouvoir dans un même service réunir en très peu de temps des praticiens de compétences très diversifiées. C'est la seule façon de répondre à la compétence d'entreprises qui, elles aussi, appellent de nombreux praticiens aux compétences diversifiées. Les juridictions judiciaires sont plus à même que les juridictions administratives de faire face à cette question de formation, puisque les premières sont composées de personnes formées au droit privé. Mais le problème de la formation est majeur, même pour les juges judiciaires.

Ainsi, dans le recrutement de l'ENM, on note un goût grandissant des candidats pour le droit des affaires. Se constitue alors un corps de gens aptes et motivés. Mais la difficulté tient au fait que les magistrats ne pourront pas exercer ce goût pendant des années, et doivent attendre d'être au niveau d'une Cour d'appel. Il faudrait, dépassant le débat conflictuel et politique autour des tribunaux de commerce, permettre à des magistrats d'être présent dans les tribunaux de commerce, plus ou moins souplement. Ce serait la chance à saisir d'une meilleure compréhension des jugements des Tribunaux de commerce au stade de la Cour d'appel. Sinon, le magistrat intéressé par le droit commercial ne peut passer que par le pénal pour appréhender le droit des affaires, ce qui peut pervertir l'approche qu'il en fera.

A l'école de la magistrature, la formation mérite d'être renforcée et il faut prendre acte de la spécialisation. Il faut avoir des magistrats spécialisés, pour travailler avec des praticiens très spécialisés : c'est à ce prix que la justice peut être utile à notre société, très spécialisée. La faculté fournirait des généralistes et la magistrature les spécialiserait, et cela dès le début. Une formation permanente continue est absolument nécessaire. Les congrès sont très instructifs et les magistrats y sont très fréquemment invités. L'E.N.M. organise chaque année des sessions d'actualisation qui présentent un grand intérêt.

21°. Eprouvez-vous des difficultés de relation avec les autres pôles de régulation de la concurrence?

22°. Avez-vous éprouvé des difficultés de coordination entre ces pôles?

23°. Trouvez-vous que les relations entre les pôles sont simples, complexes, trop complexes?

24°. Avez-vous déjà été confronté à des situations de conflits entre les pôles de régulation?

25°. Avez-vous déjà été confronté à des situations de blocages entre les pôles de régulation?

Il est vrai qu'il n'y a pas de hiérarchie stricte entre les différents organes, mais il y a une hiérarchie de droit, la Cour de cassation pouvant faire prévaloir son opinion. C'est certes un travail en commun mais comme dans un jeu de carte, il y a des cartes plus fortes. Personne n'a intérêt à être agressif, dans ce travail commun. Il est vrai qu'il est désagréable d'être contrôlé,

éventuellement cassé, mais c'est une règle du jeu acceptée. On apprend tous à être modeste car on n'est pas expert en toute matière. D'ailleurs, une résistance des juges du fond est une forme de sanction pour la Cour de cassation. Sa jurisprudence est aussi commentée et critiquée par la doctrine, corrigée par des lois nouvelles, contredites quelquefois à l'échelle européenne. Il faut que tout le monde soit modeste.

26. Quelle finalité donnez-vous au droit de la concurrence?

La concurrence, c'est un droit à la liberté pour chacun de développer sa clientèle et son dynamisme. C'est une liberté fondamentale, le droit d'entreprendre, de s'opposer par des moyens légaux aux autres entreprises. Le juge intervient dans la "grande concurrence", mais aussi cette "petite concurrence" qu'est la concurrence déloyale. Le principe est la liberté de la concurrence, auquel il faut rester attaché.



JUIN 1992

Jacques BIANCARELLI - Juge au Tribunal
Bernard GENESTE - Référendaire au Tribunal

RECHERCHE SUR LE DROIT DE LA CONCURRENCE

1°/ Quels sont, selon vous, les avantages du droit de la concurrence ?

Dans l'absolu, le droit de la concurrence a pour finalité de garantir une allocation optimale des ressources, en évitant une dérive qui se traduirait par une appropriation du profit, aux dépens des consommateurs, du progrès économique dans le secteur d'activité concerné et, finalement, de l'intérêt général.

2°/ Quels sont, selon vous, les inconvénients du droit de la concurrence ?

L'inconvénient majeur du droit de la concurrence, dans son état actuel de développement, est probablement qu'il n'a pas encore atteint une maturité suffisante pour garantir aux entreprises la sécurité juridique nécessaire à leur développement. Le choix n'est pas toujours clair entre, d'une part, des pratiques qui ne sont prohibées que pour autant qu'elles portent atteinte au fonctionnement du marché et, d'autre part, des pratiques qui sont condamnées per se, indépendamment de tout effet sur le marché. Dans cette dernière hypothèse, l'ambiguïté est en effet totale : dans un cas comme celui de l'interdiction de la revente à perte en France, la règle de droit est alors définie a priori et la sécurité juridique est parfaitement garantie pour les entreprises ; mais cette sécurité juridique n'est-elle pas acquise au prix de l'abandon du dogme de l'allocation optimale des ressources ? En édictant une interdiction du type de celle édictée par le plan de stabilisation de 1963, le législateur s'écarte de l'objectif du droit de la concurrence, tel qu'il résulte des enseignements de la doctrine économique, pour privilégier la recherche d'une égalisation mythique des chances entre les concurrents. Mais tel n'est pas l'objectif du droit de la concurrence, car il serait

pour le moins naïf de croire que, dans la réalité, les opérateurs économiques sont en situation d'égalité. La solution est alors d'abandonner la prohibition per se, mais ce qui est ainsi gagné au profit de la rationalité économique ne peut l'être qu'aux dépens de la sécurité juridique. La solution alternative à la prohibition per se suppose en effet que soit alors appréciée, au cas par cas, la portée de la pratique anticoncurrentielle sur le fonctionnement du marché considéré. Deux questions surgissent alors immédiatement qui ne peuvent jamais recevoir une réponse absolument rationnelle : celle de la définition du marché de référence et celle de la mesure de l'effet.

Sur le plan de la définition du marché, l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation montre clairement à quelles incertitudes juridiques les entreprises peuvent être confrontées : après avoir, en 1989, à l'occasion de l'affaire de la dermatopharmacie, jugé que la définition du marché de référence ne relevait pas du contrôle du juge de cassation, la Cour vient, à l'occasion de l'examen du recours formé par Le Club du livre à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel de Paris rejetant son recours contre la décision du Conseil de la concurrence lui infligeant une lourde sanction financière, à raison de stipulations anticoncurrentielles contenues dans ses contrats de vente, d'abandonner, dans les faits, cette jurisprudence, certainement contestable ; or, pour casser l'arrêt de la cour d'appel qui avait admis que l'entreprise sanctionnée était en position dominante sur un marché spécifique, la Cour de cassation a retenu que le juge de fond n'avait pas donné une base légale suffisante à sa décision. Une telle solution laisse entière, après déjà plusieurs années de contentieux, la définition du marché pertinent, tout en laissant perplexe sur le choix des critères pertinents pour définir le marché. Quels critères, autres que ceux qu'elle avait retenus, la cour d'appel pourrait-elle utiliser, dès lors que l'arrêt de cassation rappelle très clairement qu'elle s'était appuyée notamment sur les différences entre les prix de vente et entre les modes de commercialisation pour conclure qu'il existait une catégorie de livres non substituables à d'autres ?

Sur le plan de l'insécurité juridique résultant de l'appréciation des effets sur le marché de la pratique incriminée, il suffit de rappeler à

quel débats doctrinaux donnent lieu la distinction entre effet réel et effet potentiel et la théorie de l'effet sensible. On voit bien quelle insécurité juridique fondamentale crée cette dernière théorie, dès lors que le "seuil de sensibilité" ne peut évidemment pas être défini a priori. Cette insécurité est particulièrement réelle en France pour au moins deux raisons. D'une part, dès lors que le Conseil de la concurrence ne fait pas ou plus application de la théorie du seuil de sensibilité, il peut, par exemple, être conduit à faire application, en vertu de la théorie de la primauté du droit communautaire, des articles 85 ou 86 du traité, dans une hypothèse où la Commission ou le Tribunal n'en feraient pas eux-mêmes application ; d'autre part, l'application, par la cour d'appel de Paris ou la Cour de cassation, à l'occasion du contrôle des décisions du Conseil de la concurrence, de cette théorie appelle des remarques identiques.

3°/ Quels phénomènes, selon vous, sont à l'origine de ces avantages et de ces inconvénients ?

Le droit de la concurrence, tel qu'il est pratiqué en Europe occidentale, trouve sa source dans la nécessité devant laquelle l'Europe s'est trouvée, après la deuxième guerre mondiale, d'assurer le redémarrage d'une économie dont la puissance publique ne pouvait se désintéresser. L'ambiguïté des sources des droits européens de la concurrence est particulièrement marquée en France, où il a fallu attendre 1986 pour que le droit de la concurrence soit "déconnecté" de l'objectif de lutte contre l'inflation qui était la finalité première de l'ordonnance de 1945. Il faut, en effet, garder en mémoire que dans l'ordonnance de 1945 les dispositions intéressant le droit des ententes et des positions dominantes demeuraient, selon les termes mêmes de l'ordonnance, "accessoires aux prix".

4*) Quelle serait, selon vous, l'évolution souhaitable du droit de la concurrence ?

Le principal problème me paraît être celui de la recherche d'un équilibre entre le droit des comportements et le droit des structures. Le droit des comportements, au sens traditionnel, - droit des ententes et des positions dominantes - n'appréhende plus, dans la réalité économique actuelle, qu'une partie des phénomènes par lesquels la présence d'une ou plusieurs entreprises sur un marché donné peut conduire à un déséquilibre de ce marché. Or, tant en droit français qu'en droit communautaire, le contrôle des concentrations n'a, manifestement, pas atteint une maturité qui permette de le doter d'instruments juridiques et institutionnels qui préservent un équilibre satisfaisant entre la nécessité d'un contrôle par les autorités publiques et la liberté contractuelle, qui doit demeurer la règle.

Le problème de l'efficacité du contrôle juridictionnel du juge communautaire en matière de concentrations mérite également d'être souligné, eu égard à la lenteur des procédures juridictionnelles, difficilement compatible avec la nécessité de rapidité qui préside à la vie des affaires. Quid par exemple de l'efficacité des procédures de référé ?

5*) Quelle serait, selon vous, l'évolution possible du droit de la concurrence ?

Une solution au déséquilibre précédent réside probablement dans une plus grande coordination entre les procédures de contrôle qui, jusqu'à présent, poursuivent des finalités propres. A cet égard, la procédure de consultation de certaines autorités administratives indépendantes (C.S.A., C.N.I.L., ...), organisée par le décret d'application de l'ordonnance française du 1er décembre 1986, constitue une esquisse, encore insuffisante, de recherche de cette coordination. Mais la récente affaire Perrier-Nestlé montre également que, probablement, le développement des procédures de coordination entre les institutions en charge du droit de la concurrence, d'une part, et les institutions de

contrôle financier, telle que la C.O.B., d'autre part, est nécessaire. La récente loi belge du 5 août 1991 met en place, à cet égard, une intéressante procédure de coordination entre le Conseil de la concurrence et la Commission bancaire, organisme qui correspond à notre C.O.B..

Une autre question importante aujourd'hui est celle des effets de l'internationalisation de la vie des affaires. A cet égard, une plus grande concertation entre les diverses institutions nationales est très certainement possible, sans obstacle majeur. En particulier, l'on peut penser que rien ne s'oppose au développement de la coordination interétatique par voie de conventions bilatérales, comme cela a été le cas dans d'autres domaines du droit économique, en particulier le droit fiscal. Quelque soit les réserves que l'on puisse émettre à cet égard dans le cas particulier du traité C.E.E., le récent accord CEE-Etats-Unis constitue, à cet égard, une initiative intéressante.

- 6°/ La concurrence relève t-elle, selon vous, de la matière juridique, de la matière économique, ou des deux ?
- 7°/ Si vous estimez qu'elle relève des deux matières, sont-elles, selon vous, d'égale importance ?
- 8°/ Selon vous, l'une prévaut-elle sur l'autre, ou devrait prévaloir sur l'autre ?

Il s'agit là, très largement, d'un faux problème et, sans nul doute, le droit de la concurrence est au confluent du droit et de l'économie. Il s'agit d'apporter une réponse juridiquement adaptée à un phénomène économique, celui du dysfonctionnement du marché, dont la théorie économique enseigne que ses effets négatifs représentent un coût social insupportable. Pour apporter cette réponse, tous les instruments d'analyse peuvent, selon la nature du phénomène en cause, être plus ou moins opératoires. C'est probablement dans l'analyse du droit des concessions de services publics locaux (concessions funéraires, concessions de chauffage urbain, prestations publicitaires proposées par

le groupe Decaux...) que les interconnexions et les synergies entre le droit et l'économie apparaissent avec le plus d'acuité. Ainsi, dans l'analyse des effets de la position quasi-monopolistique d'un groupe qui possède, dans pratiquement chaque commune importante, une ou plusieurs concessions de services publics, le droit des services publics est certes un instrument d'analyse indispensable mais qui n'est ni plus ni moins utile que la maîtrise des règles comptables, particulièrement complexes, du secteur d'activité considéré, alors que la théorie micro-économique permet de remettre en cause des phénomènes qui peuvent apparaître d'autant plus légitimes qu'ils résultent de choix démocratiques, librement consentis par un conseil municipal régulièrement élu.

9°/ Quelles sont les branches du droit qui vous semblent surtout concernées par le droit de la concurrence ?

Il est difficile de parler de "branche" du droit au sens strict. Le droit de la concurrence fait d'abord largement application de principes ou de principes généraux qui constituent une tradition commune de notre droit. Ceci vaut, naturellement, en tout premier lieu, pour le droit procédural, mais cela vaut également pour des règles telles que les règles de preuve ou les obligations, telle que l'obligation de motivation, qui, dans notre tradition juridique, s'imposent largement à toute autorité administrative. De même, des instruments essentiels du contrôle juridictionnel, tels que la nature et l'intensité du contrôle, ne sont pas propres au droit de la concurrence. Finalement, le droit de la concurrence, s'il est un droit jeune, reste un droit largement prétorien et le droit communautaire de la concurrence présente, en particulier, au même titre que d'autres branches du droit communautaire, beaucoup d'affinités avec le droit administratif français.

Ces principes me paraissent prédominer dans l'application du droit de la concurrence ; ceci n'exclut nullement que, dans telle ou telle circonstance, il soit nécessaire d'avoir recours à des branches du droit aussi diversifiées que le droit fiscal, le droit bancaire, le droit des sociétés, le droit de la consommation ou telle composante du droit

public. A cet égard, la situation est d'ailleurs probablement un peu différente en droit français et en droit communautaire, où le juge est souvent conduit à écarter ces branches du droit national, invoquées comme moyen de défense par les entreprises.

10°/ Plus particulièrement, que pensez-vous des rapports que le droit public et le droit privé entretiennent en matière de concurrence ?

Les droits public et privé entretiennent des rapports complémentaires, strictement nécessaires à la mise en oeuvre du droit de la concurrence. D'une part, il va de soi que le droit de la concurrence s'interprétant comme un tempérament apporté à la liberté contractuelle, il participe de l'essence du droit privé ; d'autre part, en tant que composante de l'ordre public économique - pour les raisons tenant à la maturation économique et sociale qu'a particulièrement bien mises en évidence le doyen Ripert, à qui l'on doit le concept même d'ordre public économique -, le droit de la concurrence entretient des rapports étroits avec le droit public, à qui, ainsi qu'il a été dit précédemment et ainsi que l'illustre particulièrement le droit communautaire, il emprunte nombre de ses concepts et avec lequel il a pour point commun principal d'être un droit d'essence prétorienne.

11°/ A cet égard, que pensez-vous du transfert de compétence que la loi de 1987 a opéré, concernant l'examen des recours formés contre les décisions du Conseil de la concurrence, du Conseil d'Etat à la Cour d'appel de Paris ?

L'argument principal sur la base duquel repose ce transfert de compétence et selon lequel il conviendrait de créer un "bloc de compétences" en la matière est, comme cette théorie dont on sait qu'elle a elle-même été abandonnée, à tous égards, discutable. Sans revenir sur la question de la constitutionnalité du transfert de compétence, il suffit, à cet égard, de rappeler, en premier lieu, que cette théorie ne trouve elle-même sa justification que dans la distinction entre les pratiques individuelles qui relèvent de la compétence du juge pénal ou,

désormais, essentiellement du juge civil, et les pratiques collectives qui relèvent de la compétence d'une institution spécialisée dont les attributions et la dénomination ont progressivement évolué depuis 1953. Mais cette distinction est propre au droit français et l'on sait que le concept de droit de la concurrence ne recouvre, en pratique, que les pratiques dites hier collectives et aujourd'hui anticoncurrentielles en droit français. La comparaison entre le champ de l'ordonnance de 1986 et le droit communautaire de la concurrence est, à cet égard, topique. Il faut rappeler, en deuxième lieu, que, de toute façon, le "bloc de compétence" prétendument créé en la matière reste largement une utopie puisque, de fait, il aboutit à scinder le droit des comportements, qui relève de la compétence de la cour d'appel de Paris, et le droit des concentrations, dont le contentieux relève, de toute façon, de la juridiction administrative, la doctrine restant partagée sur le point de savoir si la compétence appartient en premier et dernier ressort au Conseil d'Etat ou si, au contraire, et comme je le pense, le contentieux des arrêtés ministériels intervenus dans le cadre du contrôle des concentrations, qui ne présentent pas un caractère réglementaire, relève en premier ressort de la compétence du Tribunal administratif de Paris.

En tout état de cause, la solution retenue en 1987 me semble essentiellement contingente et liée à l'état d'encombrement dans lequel se trouvait alors le Conseil d'Etat. Je ne suis pas sûr que si la même question se trouvait posée aujourd'hui, elle appellerait la même réponse.

Il convient toutefois de relever que, structurellement, la Cour d'appel de Paris semble en mesure de juger plus rapidement les affaires de concurrence (environ un an).

12°/ A cet égard, pensez-vous que le Conseil de concurrence est un organe administratif, un organe juridictionnel ou un organe justifiant une qualification nouvelle ?

Le Conseil de la concurrence est un organe administratif dont les règles de fonctionnement sont, hormis la question de la publicité des séances,

identiques à celles d'un organe juridictionnel. Mais il ne fait guère de doute que le Conseil de la concurrence ne tranche pas un litige ; au fil de ses rapports annuels, et la cour d'appel de Paris l'a d'ailleurs admis, le Conseil rappelle que la saisine qui lui est transmise par le ministre ou par les entreprises le saisit de l'ensemble des conditions de fonctionnement du marché, indépendamment de la qualification des faits opérée par la saisine ou de l'identité des personnes mises en cause par la saisine - saisine dite in rem. La cour d'appel paraît d'ailleurs avoir infléchi sa jurisprudence sur ce point précis, car il est intéressant de relever que les arrêts de la cour ne font plus référence à la "décision des premiers juges", formule souvent employée en 1987 et 1988, pour qualifier les décisions du Conseil de la concurrence. De même, la cour n'a t-elle pas fait référence, au cours de la dernière période, à la théorie de l'évocation. A vrai dire, la portée pratique de cette querelle institutionnelle est probablement cependant limitée à quelques questions, dont les trois principales sont celles de la publicité de la séance, celle de l'application de l'article 6 de la Convention européenne et celle de la possibilité donnée ou non au Conseil de la concurrence de poser des questions préjudicielles à la Cour de justice, en application de l'article 177 du traité. Au regard des critères dégagés par la Cour, nul doute que le Conseil de la concurrence puisse être considéré comme une "juridiction" ayant qualité pour poser des questions préjudicielles. Au regard des concepts juridiques français, la réponse apparaît beaucoup moins claire : en réalité, il s'agit certainement d'une structure administrative à vocation quasi juridictionnelle et donc, comme bien d'autre, d'un organisme sui generis.

13*/ A cet égard, pensez-vous que la Cour d'appel de Paris, lorsqu'elle statue sur les recours formés contre les décisions rendues par la Conseil de la concurrence, statue comme une juridiction ordinaire de l'ordre judiciaire, ou pensez-vous qu'elle constitue alors une juridiction spécifique ?

Cette question me paraît entièrement réglée par le décret du 19 octobre 1987 relatif à la procédure devant la cour d'appel. Ce décret prévoit que les dispositions du code de procédure civile relatives aux règles

procédurales applicables devant la cour d'appel sont applicables, à l'exception des seules règles dérogatoires énoncées par ce décret, qui a d'ailleurs principalement pour finalité de régler la situation, devant la cour, du Conseil de la concurrence, du ministre des finances et du ministère public. Pour le reste, je ne sache pas que la cour, qui fait application des règles de la procédure civile concernant la computation des délais, l'intervention volontaire ou forcée, la tierce-opposition ou qui fait application de l'article 700 du NCPC, se soit écartée, dans sa jurisprudence, de cette règle de base.

Finalement, il semble que la Cour d'appel statue en qualité de juridiction ordinaire en matière de droit de la concurrence.

14*/ Que pensez-vous des rapports que le droit interne et le droit communautaire entretiennent en matière de concurrence ?

C'est probablement dans le domaine du droit de la concurrence que les problèmes d'articulation entre le droit communautaire et le droit interne sont les plus complexes, dans la mesure où ces deux branches du droit de la concurrence sont largement concomitantes et qu'il s'agit de droits largement prétoriens, qui renvoient à des comportements d'entreprises dont la réalité est qu'elles ignorent largement les frontières nationales. Ceci étant, à l'échelle historique, il est intéressant de relever que les droits internes et le droit communautaire s'enrichissent mutuellement dans une dialectique éminemment positive. Si, en effet, il ne fait guère de doute que l'évolution du droit français de la concurrence doit beaucoup à l'influence du droit communautaire, on peut se poser la question de savoir si, aujourd'hui, ne s'amorce pas un mouvement inverse. Il est ainsi frappant d'observer que, dans la dernière période, la Commission est intervenue à plusieurs reprises à la suite d'avis de la Commission de la concurrence ou de décisions rendues par le Conseil de la concurrence. Je pense ici à l'affaire des "treillis soudés", à l'affaire Vichy ou encore à la récente décision concernant le groupement Carte Bleue.

15°/ Que pensez-vous des rapports que le droit pénal et le droit non-pénal entretiennent en matière de concurrence ?

A mon sens, il existe de ce point de vue deux questions principales auxquelles la jurisprudence du Conseil constitutionnel est loin, à ce jour, d'avoir apporté tous éléments de réponse.

Le premier problème est celui de la présomption d'innocence. Si les règles de la procédure pénale étaient pleinement applicables, l'entreprise devrait se présenter devant son juge - la cour d'appel de Paris ou le Tribunal de première instance - "lavée" de tout soupçon ; l'on voit bien que tel n'est pas le cas, dès lors que, dans le système actuel, l'entreprise doit, devant la cour ou devant le Tribunal, combattre la décision prise à son encontre par le Conseil de la concurrence ou la Commission.

Le deuxième problème est évidemment celui des sanctions, car l'on voit bien que le pouvoir de sanction dont dispose tant la Commission que le Conseil de la concurrence est sans aucune commune mesure avec celui dont dispose le juge pénal.

Mais ces questions revêtent essentiellement un aspect doctrinal et, dans la pratique, il me semble que les règles jurisprudentielles - règles de preuve, principe du contradictoire, contrôle strict du respect par l'organe administratif de l'obligation de motivation, application du principe de proportionnalité de la sanction et, de fait, du principe de non-cumul des peines, accès au dossier de plus en plus largement garanti, application du principe de collégialité - donnent aux entreprises des garanties procédurales proches de celles dont elles disposeraient devant le juge pénal, tout en garantissant une efficacité plus grande grâce aux moyens d'investigation dont le législateur peut doter un organe spécialisé.

Il convient également de soulever le problème d'éventuelles divergences qui pourrait surgir entre la jurisprudence de la Cour de justice de Luxembourg et celle de la Cour de Strasbourg (voir notamment les arrêts récents Orkem, Solvay, Dow Bénélux et Dow Chemical Ibérica).

16°/ Que pensez-vous des rapports que le droit commun et le droit spécial de la concurrence entretiennent en la matière ?

Si l'on entend par droit commun le droit qui ressortit de la compétence du juge civil ou du juge pénal, par opposition à un droit spécial qui relèverait de la compétence du Conseil de la concurrence, il n'existe pas, à ma connaissance, en l'état actuel de la jurisprudence, de divergence fondamentale entre les principes dont fait application le Conseil de la concurrence, d'une part, et les règles applicables en matière de délit civil ou pénal, d'autre part, notamment en ce qui concerne la question des obligations imposées aux entreprises en matière de facturation. De façon générale, la possibilité donnée à toutes les juridictions d'interroger, à titre préjudiciel, le Conseil de la concurrence me paraît un excellent régulateur. Il est d'ailleurs intéressant de relever, à cet égard, que la récente loi belge, à laquelle il a déjà été fait référence, instaure un mécanisme du même type, en donnant aux juridictions belges la possibilité d'interroger, à titre préjudiciel, la cour d'appel de Bruxelles qui, comme la cour d'appel de Paris, connaîtra des recours formés contre les décisions du Conseil de la concurrence.

17°/ Quelle formation souhaiteriez-vous pour les personnes appelées à pratiquer ce droit ?

Une formation pluridisciplinaire est sans nul doute nécessaire ; la possibilité de lire les documents saisis dans leur langue d'origine peut, notamment au niveau communautaire, également être d'un intérêt non négligeable. Dans la pratique, seule la diversité des recrutements peut, par la connaissance des milieux professionnels résultant d'expériences diversifiées, garantir une compréhension correcte et rapide du fonctionnement du marché considéré. La collégialité joue alors un rôle essentiel.

18°/ Estimez-vous que la formation que vous avez vous-même reçue vous a suffisamment et complètement préparé ?

Qui ne souhaite une formation supérieure à celle qu'il possède ? Cela dit, le juge est, presque par essence, particulièrement bien préparé, en principe, sur le plan strictement individuel, à pratiquer le droit de la concurrence, dans la mesure où, là comme ailleurs, il doit tout à la fois faire l'investissement propre à la matière, tout en gardant présent à l'esprit des principes de base, qui transcendent les particularismes propres à telle ou telle branche du droit. Quant à la culture économique, le juge sait aussi, d'expérience, que sa culture n'est pas universelle, faute de quoi le recours à l'expertise deviendrait, par principe, superflu. A cet égard, il appartient à chacun d'avoir la lucidité de voir les questions et la modestie d'écouter les experts jusqu'à ce qu'il ait la certitude de les avoir compris. C'est alors seulement que peut débiter le travail de confrontation des raisonnements.

En ce qui me concerne, j'estime que la formation que j'ai reçue (ENA, Ecole Nationale du Trésor, Conseil d'Etat, et Direction des services juridiques d'un grand groupe mondial bancaire) m'a suffisamment préparé à exercer mes fonctions de juge, notamment en matière de droit de la concurrence.

19°/ Une formation initiale vous paraît-elle suffisante ou une formation permanente vous paraît-elle nécessaire ?

La réponse à la question précédente montre clairement que, selon moi, le problème est plus un problème de forme d'esprit qu'un problème de connaissances techniques. Si donc une formation permanente peut permettre de développer des connaissances techniques, il n'est pas certain que cela soit une garantie suffisante d'efficacité.

20*/ Des contacts avec des personnes de formations différentes vous paraissent-ils inutiles, utiles ou nécessaires ?

Je crois que ma réponse à la question 17 répond largement à cette question.

21*/ Eprouvez-vous des difficultés de relation avec les autres pôles de régulation de la concurrence ?

Si l'on entend par autres pôles de régulation, d'une part, les instances nationales et, d'autre part, la Commission et, plus spécialement, la DG IV, il va de soi que les relations ne peuvent pas se situer sur le même plan, dès lors que le juge est nécessairement contraint de garder une certaine distance à l'égard de l'institution qu'il contrôle. Cela n'a rien à voir avec une quelconque difficulté relationnelle, mais cela est strictement nécessaire à son indépendance.

22*/ Avez-vous éprouvé des difficultés de coordination entre ces pôles ?

Non ; les nécessaires coordinations entre, par exemple, le Conseil de la concurrence et la DG IV s'effectuent par différents canaux (relations personnelles entre les rapporteurs, visites périodiques de la DG IV auprès des instances nationales, présence d'un rapporteur du Conseil au comité consultatif), dans lesquels le Tribunal n'est pas, et ne peut pas être, impliqué.

23°/ Trouvez-vous que les relations entre les pôles sont simples, complexes, trop complexes ?

24°/ Avez-vous déjà été confronté à des situations de conflits entre les pôles de régulation ?

25°/ Avez-vous déjà été confronté à des situations de blocages entre les pôles de régulation ?

Les relations pourraient certainement beaucoup gagner à être développées, ce qui, en particulier, contribuerait à une meilleure diffusion du droit communautaire. Ceci dit, je ne connais pas de situation de conflit ou de blocage. On ne peut cependant exclure que le droit communautaire des concentrations provoque un jour un tel blocage, comme l'a bien montré l'affaire De Havilland.

26°/ Quelle finalité donnez-vous à la concurrence ?

27°/ Quelle finalité donnez-vous au droit de la concurrence ?

En ce qui concerne la finalité de la concurrence, voir question 1 ; le droit de la concurrence est un régulateur qui doit tendre à permettre le respect effectif de cet objectif.

Je me permets toutefois d'ajouter deux autres finalités :

- l'égalité aussi absolue que possible entre les opérateurs économiques ;
- le triomphe des mérites intrinsèques sur les situations acquises ou autres corporatismes.

Jacques BIANCARELLI
Bernard GESNESTE



RECHERCHE
LES POUVOIRS NORMATIFS EN JEU DANS LE DROIT DE LA CONCURRENCE
Entretien

Guy CANIVET

Entretien mené le 17 novembre 1992, en présence de Madame le Professeur Marie-Anne FRISON-ROCHE et de Mademoiselle Murielle BROUILLET.

1° Quels sont, selon vous, les avantages du droit de la concurrence?

L'avantage réside dans la fonction même du droit de la concurrence: faire respecter les principes de fonctionnement de l'économie de marché. Il s'agit de permettre la libre confrontation de l'offre et de la demande, considérée comme le meilleur garant de l'optimisation de l'utilisation des ressources. Les éléments de cette théorie sont vrais.

2° Quels sont, selon vous, les inconvénients du droit de la concurrence?

En ce qui concerne l'idée même d'un droit de la concurrence, il n'y a pas d'inconvénients. En revanche, la manière dont la concurrence est fixée par l'ordonnance de 1986 n'est pas suffisamment pédagogique: elle anticipe sur la culture des entreprises. Pour que cette pédagogie fonctionne, il faudrait que le libellé de l'ordonnance soit plus explicatif quant aux objectifs du droit de la concurrence; Le texte est trop technique et n'explique pas l'objectif.

L'entreprise ne connaît que des rapports de force, dans le contrôle des marchés. La pédagogie n'y pénètre guère. Mais si le Conseil de la concurrence doit faire de la pédagogie, c'est parce que les textes ne le sont pas assez: ainsi, on sait ce qu'est le vol, mais *quid* des réseaux de distribution sélectives et des pratiques discriminatoires, par exemple.

Le texte aurait du partir de principes plus généraux, liberté du commerce, économie de marché, et qu'on en tire les techniques. Un peu comme le fait le droit communautaire de la concurrence. Il y a, à l'échelle communautaire, une démarche qui explore franchement et logiquement les solutions. Les intentions sont beaucoup plus lisibles. Il faudrait, de la part du Conseil, une rédaction plus anglo-saxonne. Du point de vue de la Cour d'appel, c'est très peu dans les habitudes.

3°. Quels phénomènes, selon vous, sont à l'origine de ces avantages et de ces inconvénients?

En ce qui concerne les inconvénients, c'est un problème de

rédaction de textes.

4° Quelle serait, selon vous, l'évolution souhaitable du droit de la concurrence?

5° Quelle serait, selon vous, l'évolution possible du droit de la concurrence?

C'est un système qui, du point de vue de la conception, est relativement achevé et qui va se perfectionner dans la pratique et dans la jurisprudence. L'évolution peut plus particulièrement se faire vers la nécessité d'appliquer le droit de la concurrence aux personnes publiques. Mais que va dire la Cour de cassation sur la portée de l'article 53? Un pourvoi a actuellement saisi la Cour sur cette question. Il demeure que, sur les marchés publics, les entreprises sont sanctionnées mais que les opérateurs publics sont écartés du champ de l'investigation et du champ de la sanction, ce qui n'est pas satisfaisant.

Les autres droits ne sont pas spécialement menacés par le droit de la concurrence. Certes, il n'y a pas de frontière dans le droit de la concurrence : dès l'instant que les principes de la concurrence sont violés, quelque soit le domaine où l'on se trouve, le droit de la concurrence doit s'appliquer. Sinon, pourquoi ne pas l'exclure jusque dans le droit des contrats? Pour revenir sur la polémique relative au droit du travail, il ne doit pas y avoir de sacralisation du droit de travail, pas plus que du droit de la concurrence. Il n'y a pas de frontière du fait de la matière, il n'y a de frontière qu'en raison de ses principes. Ainsi, il y a convergence entre le droit boursier et le droit de la concurrence quant aux principes qu'ils défendent. Mais le droit boursier, contrairement au droit de la concurrence, n'est pas un droit économique : il régit un marché de valeurs mobilières, donc on ne peut en tirer des conséquences économiques, notamment en ce qui concerne les concentrations. C'est alors le droit de la concurrence qui prend le relais. Le droit boursier ne contrôle pas la finalité de l'opération économique ; il n'interfère donc pas avec le droit de la concurrence.

6°. La concurrence relève-t-elle, selon vous, de la matière juridique, de la matière économique, ou des deux?

7° Si vous estimez qu'elle relève des deux matières, sont-elles, selon vous, d'égale importance?

8° Selon vous, l'une prévaut-elle sur l'autre, ou devrait prévaloir sur l'autre?

Le droit de la concurrence est à la fois du droit et de l'économie, et son originalité, c'est d'intégrer les deux. Cela n'a pas de sens de parler "d'égale importance", car le droit de la concurrence réalise la synthèse entre les notions juridiques et les paramètres économiques. Ainsi, est juridique la notion d'entente : c'est une rencontre de volontés. L'entreprise, c'est une notion économique. Le marché, c'est une notion économique. La pratique discriminatoire est une notion mixte. Si l'on admettait qu'il ne s'agit que de l'économie, alors il faudrait en tout état de cause que ces notions économiques rentrent dans une logique juridique, pour qu'elles soient lisibles par les autorités administratives et les organes judiciaires. Il y aurait, à tout le moins, une interface juridique. Mais l'interface juridique est déjà dans le droit de la concurrence, notamment par le droit des contrats.

Quant aux preuves, et la question de savoir si la preuve, en matière de concurrence est juridique ou économique, il faut arriver à dire, avec un raisonnement sûr, que la pratique anticoncurrentielle peut être établie par la preuve économique, notamment par l'observation des comportements parallèles (cf affaires des pâtes de bois). Le droit positif n'en est pas encore là mais s'y oriente. Mais *quid* de la vérification de la pertinence

du raisonnement économique? Il faudrait avoir, du point de vue institutionnel, la possibilité de contredire économiquement les preuves proposées par les parties et retenues par le Conseil. Ainsi, dans l'affaire France-Loisir, existe une contestation sur le raisonnement économique du Conseil. Le juge essaie de comprendre, lorsqu'il y a une telle contestation. La décision judiciaire est une synthèse de positions confrontées. Le métier du juge, c'est bien de départager entre deux thèses opposées. Il est fait pour cela, et ne peut, par exemple, construire tout seul une théorie économique. Mais il peut choisir, entre deux théories, celle qui aboutit aux bonnes conclusions. Pour cela, le juge doit être formé au droit économique. Sera alors faite la preuve de la maturité de l'institution, qui manipule le droit de la concurrence entre ses aspects juridiques et économiques.

9°. Quelles sont les branches du droit qui vous semblent surtout concernées par le droit de la concurrence?

Toutes les branches du droit sont concernées par le droit de la concurrence. La famille, sous l'angle de la consommation, peut être appréhendée par le droit de la concurrence. Mais cela doit se limiter aux mécanismes économiques. Certes, tout mécanisme juridique peut être observé par les instruments économiques, mais on ne lui appliquera pas pour autant le droit de la concurrence.

10° Plus particulièrement, que pensez-vous des rapports que le droit public et le droit privé entretiennent en matière de concurrence?

Il n'y a pas de séparation entre droit public et droit privé en matière de concurrence. C'est l'erreur de la jurisprudence Ville de Pamiers. Mais, il est vrai, et notamment en matière de pompes funèbres, que les juridictions judiciaires, par des questions préjudicielles, ont demandé aux juridictions administratives d'appliquer l'ordonnance de 1986. On est en attente des décisions de ces dernières. La matière est à la fois de droit privé et de droit public, dès l'instant qu'il y a des opérateurs de droit public en matière d'économie.

11° A cet égard, que pensez-vous du transfert de compétence que la loi de 1987 a opéré, concernant l'examen des recours formés contre les décisions du conseil de la concurrence, du Conseil d'Etat à la Cour d'appel de Paris?

Le transfert a été justifié par le Conseil constitutionnel, par le regroupement du contentieux et la théorie des blocs de compétences. C'est ce qui justifie l'entrée du droit de la concurrence dans le domaine judiciaire.

12°. A cet égard, pensez-vous que le Conseil de la concurrence est un organe administratif, un organe juridictionnelle ou un organe justifiant une qualification nouvelle?

Le Conseil de la concurrence est une autorité administrative indépendante. La question de sa qualification n'a pas de sens, car dès l'instant qu'il y a une pratique décisionnelle, dès l'instant qu'il applique des sanctions, il doit respecter les garanties naturelles.

13°. A cet égard, pensez-vous que la Cour d'appel de Paris, lorsqu'elle statue sur les recours formés contre les décisions rendues par le Conseil de la concurrence, statue comme une juridiction ordinaire de l'ordre judiciaire, ou pensez-vous qu'elle constitue alors une juridiction spécifique?

La Cour d'appel est incontestablement une juridiction de l'ordre judiciaire mais qui, pour opérer son contrôle, met en œuvre des principes du droit administratif. La séparation des deux ordres masque une grande unité des principes de contrôle. La Cour d'appel

applique souvent des principes de contrôle du droit administratif, sans même s'en rendre compte. Ainsi, le contrôle de l'annulation est identique et les solutions retenues sont identiques. Dans le recours, le nouveau Code de procédure civile est applicable, et notamment les principes directeurs du procès, dès l'instant que la disposition est compatible avec l'organisation du recours.

14°. Que pensez-vous des rapports que le droit interne et le droit communautaire entretiennent en matière de concurrence?

Le droit interne et le droit communautaire ont des rapports de grande dépendance car ils participent de la même logique et doivent être cohérents : la jurisprudence de la Cour d'appel se réfère implicitement mais clairement à la jurisprudence communautaire. Cette conformité est aisée, car les deux niveaux raisonnent semblablement. La première démarche est donc celle de la recherche de la cohérence, jusqu'à ce qui est raisonnable. Ainsi, dans l'affaire de la 5e chaîne c/ Fédération de football, on a pu noter une certaine complicité des deux niveaux (B. Geneste).

15°. Que pensez-vous des rapports que le droit pénal et le droit non-pénal entretiennent en matière de concurrence?

Dans la dépénalisation, il faut noter l'objectivation du contentieux : il suffit de constater les effets ou les objets des comportements, sans recherche d'intentionnalité. C'est un raisonnement économique, ou l'on est plus à l'aise que dans un raisonnement pénal. L'article 17 n'est guère appliqué. Si l'on analyse le droit de la concurrence comme un droit d'injonction, pour rétablir l'équilibre économique, l'on n'est plus dans un mécanisme sanctionnateur. L'erreur, c'était de vouloir que le droit pénal soit un mécanisme de régulation du marché. Tout ce qui relève des pratiques restrictives n'a pas grand chose à voir avec le droit pénal.

16°. Que pensez-vous des rapports que le droit commun et le droit spécial de la concurrence entretiennent en la matière?

On ne peut pas aujourd'hui lire le droit des obligations sans référence aux articles 7 et 8 de l'ordonnance. Cela n'abîme pas ni ne dénature pour autant le droit des obligations.

17° Quelle formation souhaiteriez-vous pour les personnes appelées à pratiquer ce droit?

18° Estimez-vous que la formation que vous avez vous-même reçue vous a suffisamment et complètement préparé?

19° Une formation initiale vous paraît-elle suffisante ou une formation permanente vous paraît-elle nécessaire?

20° Des contacts avec des personnes de formations différentes vous paraissent-ils inutiles, utiles ou nécessaires?

21° Eprenez-vous des difficultés de relation avec les autres pôles de régulation de la concurrence?

22° Avez-vous éprouvé des difficultés de coordination entre ces pôles?

23° Trouvez-vous que les relations entre les pôles sont simples, complexes, trop complexes?

24° Avez-vous déjà été confronté à des situations de conflits entre les pôles de régulation?

25° Avez-vous déjà été confronté à des situations de blocages entre les pôles de régulation?

Il faut que les personnes qui pratiquent le droit de la concurrence aient une formation économique. Je n'ai pas reçu de formation économique, mais m'astreint à apprendre cette matière. Le contact avec les autres est essentiel, et c'est ce qui ferait progresser le droit de la concurrence.

Il faut qu'initialement, les magistrats soient formés à l'économie. On n'oublie pas les quelques bases données à l'origine

des études. Cela permet, après cette phase de sensibilisation aux questions, de faire des formations sophistiquées ultérieurement, par exemple par des modules de formation, tels qu'organisés par le Ministère de l'Economie et des Finances. Le juge n'a pas à être un expert en économie, mais d'être apte à comprendre ce que disent les experts.

Les relations entre les différents pôles de décisions en matière de concurrence sont aisées, simples, institutionnelles, et se définissent de mieux en mieux.

26° Quelle finalité donnez-vous à la concurrence?

27° Quelle finalité donnez-vous au droit de la concurrence?

La finalité de la concurrence, c'est l'optimisation des ressources. En pratique, si l'on ôtait les organes de régulation, alors le marché deviendrait sauvage. Seul le droit de la concurrence permet la concurrence : c'est une question de culture (cf affaire des auto-écoles : ententes instantanées pour augmenter de 20% dès l'instant que les prix sont libérés). Ainsi, l'entente est un comportement naturel, pour monter les prix. Donc, le droit de la concurrence est nécessaire. Le droit de la concurrence a une finalité économique neutre. Il n'est pas organisé pour protéger les petites entreprises.

